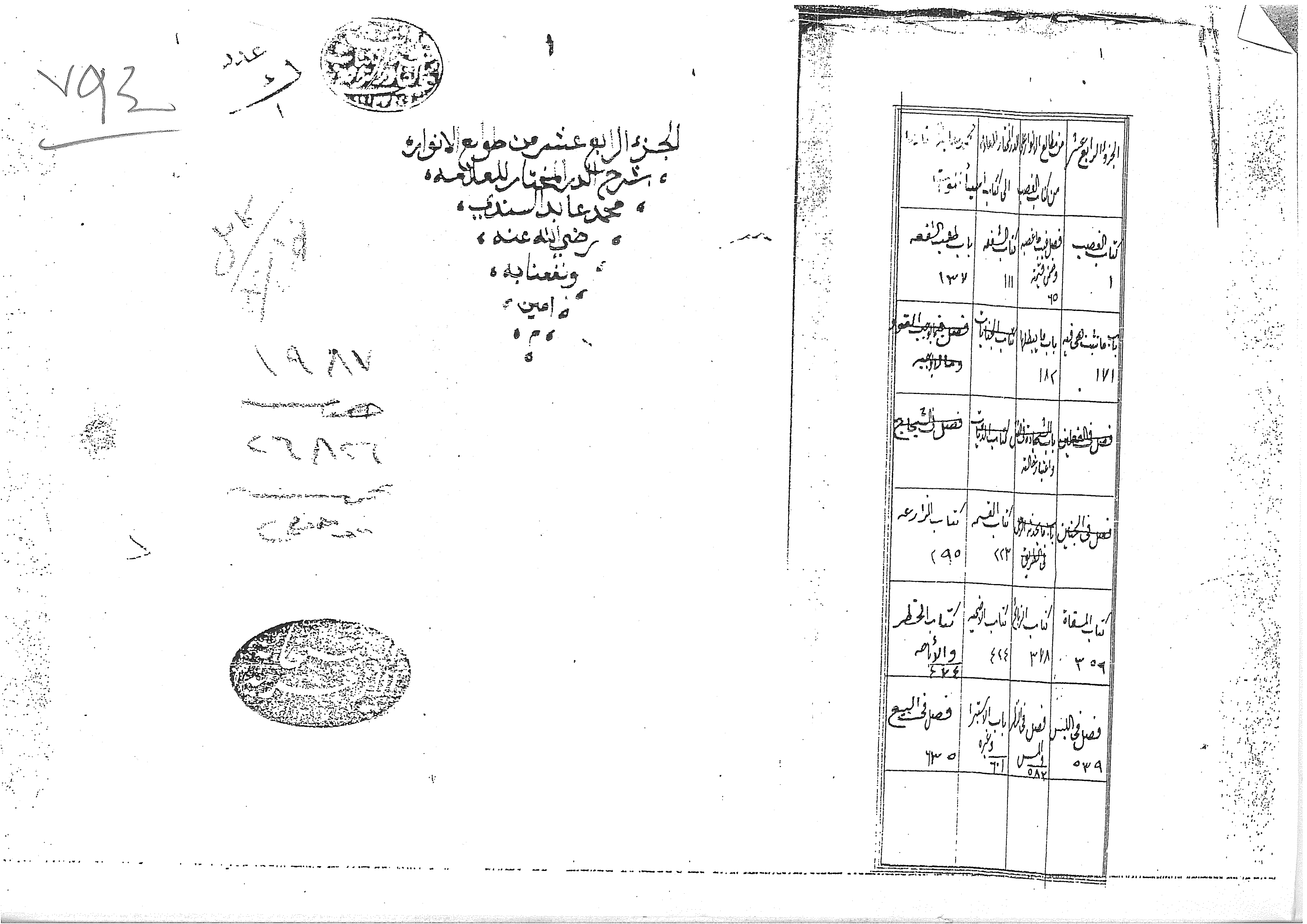


الجزء الرابع عشر من طوالع الأنوار
شرح الدر المختار للعلامة
محمد عابد السندي
رضي الله عنه
ونفعنا به
آمين

الجزء الرابع عشر	من مطالع الأنوار على الدر المختار للعلامة من كتاب الغصب	الى كتاب احياء الموات	[illegible]
كتاب الغصب ١	فصل فيما يغصبه وفيمن [illegible] ٦٥	كتاب الشفعة ١١١	باب طلب الشفعة ١٣٧
باب ما تثبت هي فيه ١٧١	باب ما يبطلها ١٨٢	كتاب الجنايات	فصل فيما يوجب القود وما لا يوجبه
فصل في الفعلين	باب الشهادة في القتل واعتبار حالته	كتاب الديات	فصل في الشجاج
فصل في الجنين	باب ما يحدثه الرجل في الطريق	كتاب القسامة ٢٢٣	كتاب المزارعة ٢٩٥
كتاب المساقاة ٣٠٦	كتاب الذبائح ٣٢٨	كتاب الأضحية ٤٢٤	كتاب الحظر والإباحة ٤٧٤
فصل في اللبس ٥٧٩	فصل في النظر والمس ٥٨٢	باب الاستبراء وغيره ٦٠١	فصل في البيع ٦٣٥

THE
NATIONA
INFORMATI
AND
OCUMENTAIO
CENTRE
UAR

OR
ST

الجزء الرابع عشر من طوالع الأنوار

مكتبة الأزهر

مسلسل
٤٢٤

طوالع الأنوار لشرح الدر المختار، تأليف محمد عابد بن
أحمد الأنصاري السندي ستة عشر جزءا في ستة عشر مجلدا
في ١٢٩٢ هـ - ١٢٩٥ هـ، ١٢٩٥ هـ، ن ٧٦١، ٦٩٧، ٢٤١، ٤٨٨،
٤٤٧، ٥١٠، ٧٧٠، ٤٦٩، ٥١٧، ٦٢٨، ٥٨٢،
٧٠٢، ٧١٧، ٧٩٤، ٥٦١، ٥١٠، م ٩،

٣٢×١٧ سم ١٩٨٧ فقه حنفي

فصل في اللبس	فصل في ستر [illegible]	[illegible]	[illegible]
٥٣٩	واللمس ٥٨٢	وغيره ٦٠١	٦٣٥

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الغصب

وجه المناسبة ان الغصب من انواع التجارة مآلا حتى انه اقرار المأذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة دون الثاني وايضا ان المغصوب مادام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا رقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبة ما في يده من اموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر احد المتجانسين متصلا بالآخر من المناسبة الا انه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع كذا في النهاية والعناية وحكى قاضي زاده في الوجه الاول بان كون الغصب من انواع التجارة مآلا انما يفيد المناسبة بين الغصب وبين جنس التجارة لا بين الغصب والاذن في التجارة لان الاذن نفسه ليس من جنس التجارة قط بل هو فك الحجر واسقاط الحق والمذكور في كتاب المأذون مسائل نفس الاذن لا مسائل نفس التجارة فلا يتم التقريب وايضا مناسبة ذلك الجنس متحققة في سائر انواع التجارة ايضا قال ويمكن ان يجاب عن كل منهما بنوع عناية وذلك ان يقال ان الاذن نفسه وان لم يكن من جنس التجارة الا انه متعلق بجنس التجارة ومخصوص به فكان للغصب مناسبة للاذن نفسه ايضا بواسطة تعلقه بجنس التجارة وليس عدم لزوم الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن وقال العلامة الطوري بعد ذكره للمناسبة الاولى ونظر في هذه المناسبة بان الغصب عبارة عن ازالة اليد والازالة ليست من نوع التجارة والذي ارى ان وجه المناسبة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال المأذون يتصرف في الشيء بالاذن شرعي والغاصب يتصرف فيه لا باذن

شرعي فكان بينهما مناسبة المقابلة لانه قدم كتاب المأذون لانه مشروع والغصب ليس بمشروع وارتضاه قاضي زاده ايضا وابان الطرابلسي شارح منظومة ابن وهبان مناسبة اخرى بان تعيين المغصوبة لا يملكها الغاصب كالعبد المأذون لا يملك ما كسبه والعبد كان محجورا عن التصرف فيما لمولاه بدون اذنه فكذلك الغاصب لا يملك ذلك شرعا وقال في المنح وجه المناسب ايراده تلو كتاب الحجر بينهما من المناسبة الظاهرة لكن عارضها ايراد المأذون بعد الحجر لدخوله في مناسبة الحجر من انه فك الحجر فاورده بعدها اذ هو والذي استحسنه لحقير كاتب هذه الاحرف ان الجامع بين كتاب المأذون وكتاب الغصب ان كلا منهما تصرف في ملك الغير لان الاول باذن من صاحب الحق والثاني بلا اذن منه والله تعالى اعلم والكلام في الغصب من وجوه الاول في معناه لغة وشرعا والثاني في ركنه والثالث في شرطه والرابع في صفته والخامس في حكمه والسادس في نوعه والسابع في دليله وقال قاضي زاده ثم اعلم ان محاسن الغصب من حيث الاحكام لا من حيث الاقدام كما في الجنايات والديات فان المقصود من بيان كتاب الغصب هو بيان حكمه المترتب عليه لانه ليس في الغصب شيء من الاباحة فضلا عن الحسن و[illegible] بل هو عدوان محض وظلم صرف كما في النهاية قال سيدي حمدي الغصب على ضربين احدهما ما يتعلق به الاثم وهو ما وقع بالعلم والثاني لا يتعلق به الاثم وهو ما وقع بالجهل كمن اتلف مال غيره وهو يظن انه له والضمان يتعلق بهما جميعا فان اسباب الضمان تتعلق بما فيه اثم وبما لا اثم فيه ولما لم يكن فيهما الا مع القصد لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطأ الحديث فاذاه الا ان [illegible]

الغصب ثابتة بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى ولا تأكلوا
اموالكم بينكم بالباطل واما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم في حجة
الوداع بمكة يوم النحر فان دماءكم واموالكم واعراضكم عليكم حرام كحرمة
يومكم هذا في بلدكم هذا الى يوم تلقون ربكم الا هل بلغت قالوا
نعم قال اللهم اشهد الحديث وقوله صلى الله عليه وسلم من غصب
شبرا من ارض طوقه الله من سبع ارضين متفق عليه
اه واشار الى معناه بقوله هو اي الغصب لغة اخذ الشيء
من الغير كما في الهداية مالا كان الشيء او غيره كالحر فانه ليس
بمال شرعا على وجه التغلب قال في النهاية اطلق على المغصوب
لفظ الشيء ولم يتقيد بالمال لان الغصب لغة مستوي في كل باب
مالا كان المأخوذ او لا يقال غصب زوجة فلان وحرة فلان
وولده اه قال في المصباح غصبه غصبا من باب ضرب
فهو غاصب ويجمع على غصاب ككافر وكفار ويتعدى الى مفعولين
يقال غصبته ماله وتطلق على حمل الانسان على فعل ما لا يرضاه
يقال غصبني فلان على فعل كذا ابو السعود وفي شرح المقدسي
يقال غصبت على الرجل الشيء وغصبته منه وغصبته اياه غصبا
ويقال للمغصوب غصب تسمية بالمصدر اه وما معناه شرعا
ازالة يد محقة اي بفعل في العين كما ذكره ابن الكمال ليخرج جلوسه
على بساط فان الازالة موجودة فيه لكن لا بفعل في العين
فان قلت تقييدهم ازالة اليد المحقة لا يتحقق في
الغصب من الغاصب فان يد الغاصب غير محقة وكذا السقط
اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد مع انه لم يزل يدا قلت
الضمان فيما ذكر ليس باعتبار تحقق الغصب بل من حيث وجود
التعدي كما في العناية كما لو قتل انسانا في مفازة وترك ماله
ولم يأخذه لم يضمن ماله وكذا لو غصب عجلا فاستهلكه حتى

يبس لبن امه يضمن قيمة العجل ونقصان الام وان لم ينقص في
الام شيئا فالضمان في جميع ذلك لتعديه لا لتحقق الغصب
على ان غاصب الغاصب ليس بغاصب بل ملحق به في اجراء
احكامه عليه على ما سنبينه في محله وقال المقدسي في شرحه
الغصب من الغاصب ليس بغصب شرعا في الخانية غاصب
الغاصب اذا استهلكه وادى القيمة الى الاول برئ عن الضمان
وعن ابي يوسف لا يبرأ ولو رد العين برئ عند الكل ولو جعل
الصدر الشهيد غاصب الغاصب اذا رده على المالك فان لم
يقبله كان خلوص بيد ابو عصمة يقولان لا يبرأ والرد على
الاول وقال صاحب الجامع الاصغر عندي انه ان كان يرجو رده
على صاحبه يرجو ان يبرأ وتحقيق عندي ان غصب الغاصب
الثاني لم يكن عندهم غصبا شرعا فلا شك ان غصبا عندهم
فالغاصب الاول ان كان بمنزلة المالك في حكمه وان لم يكن
بمنزلة المالك حقيقة تبعيده عنه بتسلطه لو سيما بمنزلة زينة
يده فان عود اليد به على هذا التقدير وبانتظر الظاهر
فان قيل يلزم الجمع بين حقيقة ومجاز في المالك او ازالة قلت
الازالة مجاز عن التبعيد وتبعيدهم من ان يكون بثبوت
اليد حقيقة او بقربها تكون من عموم المجاز فاندفع الاشكال
الاخير ايضا واندفعت المناقشة ايضا بالنقض بما يوجد
من عبد وصبي ولا ما لهما اه ولو كانت يدهما بحجوده
ي المودع بالفتح وكذا مستعيرا اخذه من الوديعة او العين
المستعارة قبل ان يحولها من موضعها الذي كان فيه قبل الجحود
وقال السيد احمد ما قيده باعتبار اللازم فقط فسيظهر فان
يد المودع بالفتح يد المودع بالكسر قبل الجحود وبعده ازيلت يد
المودع بالكسر حكما ووجه بعد قوله باثبات يده فعلم كان ادى

فان في ذلك اثبات يد مبطلة حكما فيكون راجعا اليهما اهـ وفي
جامع الفصولين عن فتاوى رشيد الدين لو جحدها اي الامانة يضمن
اذا نقلها من مكان فيه لو كانت حال الجحود والا فلا ولو قلنا
بوجوب الضمان في الوجهين فله وجه ونقل في الخلاصة عن
المنتقى الضمان مطلقا ونقل المقدسي عن التتارخانية انه ان
جحدها من قبل ان يعترف ومنعها من صاحبها ولم يخرجها من
موضعها ثم عرفها الآخر فلصاحبها الخيار يضمن ايهما شاء ولو
من اخذ متاع الانسان في داره يجحده ضمن وان لم يخرجها
فان لم يجحد فلا ضمان عليه الا اذا هلك بفعله او اخرجه وهذا
استحسان ولذا لو ركب دابته تعديا فانه لا يضمن في الصحيح
حتى يحولها اهـ باثبات اي مع اثبات يد مبطلة واعلم
ان الشيخين اعتبرا في الغصب ازالة اليد المحقة باثبات اليد
المبطلة بفعل في العين ومحمد اكتفى بازالة اليد المحقة مطلقا
واعتبر الشافعي اثبات اليد المبطلة فقط وفرع على هذا مسائل
منها ان زوائد المغصوب لا تكون مضمونة عندنا والثمرة معدودة
في الزوائد اذا لم تكن في حالة الغصب فثمرة بستان مغصوب
بلا ثمر في حال الغصب لا تضمن بالهلاك عندنا لانها تكون في يد
المالك حتى يزيلها عنه فلم تتحقق ازالة اليد خلافا له اي
للشافعي لتحقق اثبات اليد المبطلة فلا تضمن الزوائد عندنا
الا بالتعدي او بالمنع بعد طلب المالك فلو طلب المالك الزوائد
ومنعها ضمن بالاجماع وكذا لا يضمن ما صار مع المتبوع بغير
صنعه كما لو غصب دابة فتبعها اخرى وكذا لا يضمن
التابع لعدم الصنع منه ولذا لو حبس المالك عن مواشيه
حتى ضاعت لا يضمن لما ذكرنا قال القهستاني الاصل ازالة اليد
المحقة لا اثبات اليد المبطلة ولهذا لو كان في يد انسان درة فضرب

على يده فوقعت في البحر ضمن وان فقد اثبات اليد ولو تلف ثمر
بستان مغصوب ثم يضمن وان وجد الاثبات لعدم ازالة اليد
اهـ وهذا صريح في ان الغصب هو الازالة فقط وكلام غيره صريح
في انه لا بد فيه من الازالة والاثبات جميعا ونقل القهستاني
عن الزاهدي ما به يحصل التوفيق في كلامهم حيث قال انه على
ضربين ما هو موجب للضمان فشرطه ازالة اليد وما هو موجب
للرد حيث شرطه اثبات اليد ونقل المقدسي عن التحفة قال
الغصب الموجب للضمان ازالة يد المالك وصاحب اليد عن ماله
بفعل في العين على وجه التعدي واما اثبات اليد على مال الغير
على وجه التعدي بدون ازالة اليد فيكون غصبا موجبا للرد لا
للضمان اهـ در (قوله في مال) هو ما يتمول به يقتني ويدخر [illegible]
حر غصب من اخرجته حنطة فلا شيء على الغاصب فانها لا قيمة
لها وقدمنا في كتاب البيوع انها لا تتمول وان كان مباحا شرعا
والا تشمل خمر المسلم والمنخنقة وما في حكمها لانه يتمول لرغبة
بعض الكفار فيه لكنه غير متقوم لانه غير مباح شرعا فلا
يتحقق الغصب في ميتة ماتت حتف انفها في غير السمك
والجراد واما المنخنقة وما في حكمها فهي من [illegible] وهو غير متقوم
واما السمك والجراد فهو مال يتحقق فيه الغصب ودخل متقوم
بكسر الواو حيث ورد لانه اسم فاعل ولا يتم الفتح على انه يكون
اسم مفعول فانه ماخوذ من تقوم وهو قاصر واسم المفعول
لا يبنى الا من المتعدي كذا نقله شيخ الرحمتي عن شرح منهاج
الديري اي مباح شرعا [illegible] قال
السيد [illegible] وهو غير ظاهر في الحر قلت والاولى تفسيره
بما له قيمة شرعا وهو خبر قوله مال فيكون فصلا لا يخرج به الحر
فلا يتحقق الغصب في الحر [illegible]

فستاني ولو كان الحربي يغصبها لانه متقوم عنده لانه له حكم
المباح بالنظر اليه لانا امرنا بتركهم وما يدينون والغصب يجري
في مال الكافر لاجماعه ولا يشكل على عبارة الشارح ما في المجتبي انه
لو غصب من مسلم حربيا فعليه ضمان الرد فان لم يكن فعليه القيمة اه
لان معنى قوله فلا يتحقق اي غصب ضمان لا غصب الرد
فانه متحقق فتنبه محترم فلا يتحقق الغصب في مال حربي
اي غير مستأمن قابل للنقل قال الحلبي وهو معنى قول
بعضهم ازالة اليد بفعل في العين فاستغني به عنه اه وقال
السيد احمد قد يوجد النقل في غير المنقول كما اذا هدم الدار و
كرب الارض فلا يتحقق الغصب في العقار لعدم تحقق ازالة
اليد بفعل في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنه وهو
فعل فيه لا في العقار خلافا لمحمد والشافعي فيتحقق مطلقا لا ازالة
والاثبات قيد قلنا التصرف في المالك بالتبعيد عنه غصب
موجب للرد لوجود اثبات اليد لا الضمان حتى لو هلك العقار
بان غلب عليه الماء وانقطع شربه وذهب بناؤه بآفة سماوية في يد الغاصب
لا يضمن عندهما ويضمن عند محمد والصحيح الاول في غير الوقف
والثاني في الوقف وهذا من جهة الضمان واما من جهة الاثم
فانه لا يحل التصرف في مال الغير بدون اذنه ولذا ورد في الحديث
من غصب قيد شبر من ارض طوقه من سبع ارضين بغير
اذن مالكه احترز به عن الوديعة فهي خارجة ايضا بقوله
اثبات اليد المبطلة اذ لا تكون مبطلة الا اذا كانت بغير اذن
المالك والعارية كالوديعة فان فيهما ازالة اليد المحقة عن مال
متقوم محترم قابل للنقل لكنه باذن المالك وليس فيهما اثبات
يد مبطلة واعلم ان الموقوف المغصوب مضمون بالاتلاف
الاولى ان يقول بالتلف لان الاتلاف يوجب الضمان مطلقا

ملكه ووقفا قال السيد احمد ثم ان الموقوف ليس بمملوك اصلا
صرح به في البدائع يعني وما لا يكون مملوكا حقه ان لا يضمن
بالاتلاف لعدم وجود المالك الطالب للتضمين فيعلم انه
لا يضمن بالتلف بالاولى لكنه لما كان في اتلافه وتلفه في يد
الغاصب ابطال حق الله تعالى وهو مرتع وجب على [illegible]
احياؤه وجب الضمان لذلك اه قال في [illegible] بلا اذن من له
الاذن ليشمل نحو الناظر والوصي والوكيل [illegible]
اولى وقول الشارح لا يحتاج اليه لان [illegible] بالمالك [illegible]
فيدخل الموقوف وغيره كما هو ظاهر فتأمل هو غير وجيه
لان من له الاذن في الموقوف انما هو الناظر [illegible]
منفعة من الموقوف اصلا [illegible] موقوفة على معينين والناظر
رجل اجنبي والوصي والوكيل ونحوهما لا يملكان منفعة فيما
تحت ايديهما فتأمل [illegible] الحموي فان قلت فحينئذ
ما فائدة [illegible] الكمال متعين لا اولى [illegible] بان مراده [illegible]
ومن تبعه من المالك مالك التصرف فيه كالوصي والوكيل
والرسول ومتولي الوقف لكنه مجاز وما قاله ابن الكمال [illegible]
اولى وان كان الثاني صحيحا اه لا بخفية واحترز به عن
السرقة وقد [illegible] وجوب اشتراط المقدسي وتبعه الحموي
[illegible] لاخراج السرقة وفيه لابن الكمال كلام حاصله ان دخول
السرقة في الحدود لا ينافي دخولها في الغصب فهي داخلة فيه باعتبار
اصلها وفي الحدود باعتبار بعض خصوصياتها [illegible]
ونظيرها بيع الفضولي فانه غصب مع انه مذكور في البيوع
باعتبار ما فيه من خصوصية بها صار من باب البيوع
قال ومن ذهبت اليه هذه الدقيقة [illegible] لاخراجها عن الحد
المذكور بزيادة قوله لا على سبيل الخفية [illegible]

بعض وإذا الغصب كأخذ مال غير محترز على سبيل الخفية اهـ وفي
حاشية مسكين للعلامة أبي السعود ما نصه فإن قيل وجد الضمان
في مواضع ولم تتحقق العلة المذكورة كغاصب الغاصب فإنه
يضمن وإن لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب والملتقط إذا لم
يشهد مع القدرة على الإشهاد مع أنه لم يزل يدًا وتضمين الأمر
بالإتلاف بسائر البئر في غير الملك وليس ثمة إزالة يد أحد
ولا إثباتها فالجواب أن الضمان في هذه المسائل لا من حيث
تحقق الغصب بل من حيث وجود التعدي كما في العناية
وقال الدرر في التكملة وقد يدخل في حكم الغصب ما ليس بغصب
إن ساواه في حكمه كجحود الوديعة لأنه لم يوجد الأخذ ولا النقل
اهـ إذا علمت هذا ظهر سقوط ما أورده الشيخ عن
الخانية من أنه إذا قتل إنسانًا في مفازة وترك ماله ولم يأخذه
فإنه يكون غصبًا مع عدم أخذ شيء وما إذا غصب عجلًا
فاستهلكه حتى يبس لبن أمه يضمن قيمة العجل ونقصان
الأم وإن لم يفعل في الأم شيئًا لما علمت من أن وجوب الضمان
لا باعتبار تحقق الغصب بل من حيث وجود التعدي
اهـ قال السيد حمويه يظهر ما في قول الشارح سابقًا
بجحوده لما أخذه قبل تحوله فإن الضمان فيه من حيث
التعدي لا من حيث الغصب اهـ فاستخدام العبد أي عبد
الغير غصب حتى لو هلك من ذلك العمل ضمن المستعمل قيمته
علم المستعمل أنه عبد الغير أو لا بأنه جاء إليه وقال أنا حر فاستعمله
وهذا إذا استعمله في أمر من أمور نفسه أما إذا استعمله
لا في أمر نفسه لا يصير غاصبًا كما في الذخيرة ومن قال لعبد
الغير ارتق هذه الشجرة وانثر المشمش لتأكله فهلك بأن وقع
من الشجرة ومات لم يضمن الآمر ولو قال لآكل أنا وباقي المسألة

بحالها ضمن كما في المحيط ولو قال لصبي نفض هذه الشجرة لنفعل
وهلك لا يضمن ولو قال انفض لي يضمن إجماعًا ولو قال
لصبي ارتق هذه الشجرة وانفض ثمارها لتأكل أنت أو لأكل
أنا فسقطت الثمرة في حلقه ومات من ذلك لا ضمان عليه
لأنه اعترض على قوله فعل الصبي كذا في الأسئلة والأجوبة
للأستروشني وفي الخانية رجل أرسل غلامًا صغيرًا في حاجة
بغير إذن أهله ولي الغلام غلامًا يلعب فانتهى إليهم
وارتقى شجرة فوقع ومات ضمن الذي أرسله لأنه غاصب
له بالاستعمال وفي الينابيع لو بعث العبد في حاجته فاستخدمه
ضمنه ولو أجاب نسراً الناطفي لو استخدم عبدًا مشتركًا بينه وبين
غيره بغير إذن شريكه روي عن محمد لا يصير غاصبًا وخالفه
هشام والراجح الضمان على ما أشار إليه القهستاني وفي
الأجناس أبقر رجل بكسر حطب لي غلام وقال غطى
القدوم فلما فضرب فوقع بعض الكسور على عين الغلام
لا يكون على صاحب الحطب شيء وتحميل الدابة ما يطيق
حملها ولي العادة ولو قاد دابة أو ساقها أو ركبها أو حمل
عليها شيئًا بغير إذن المالك فهو ضامن سواء عطبت في تلك
الخدمة أو في غيرها أي في فتاوى المنذري دابة لغير
إذن حالكها ثم نزل عنها وتركها في مكانها لم يضمن لأن
الغصب لم يتحقق بدون النقل ونقله القهستاني عن
المحيط اهـ وقال وينبغي أن يكون الاستخدام كذلك اهـ
قلت لكن ذا تلفت بنقص الحمل والركوب يضمن وإن
يحولها بوجود الإتلاف بفعله كما يأتي ولا يضمن بنسبة
حصته من الدابة المشتركة وعليها المستخدم بغير إذن شريكه
كما في فتاوى قارئ الهداية وتقدم [illegible]

ولو قعد رجل على ظهر دابة لم يحولها عن موضعها وجاء رجل آخر
وعقرها فالضمان على الذي عقرها كما في المستصفى وأما ركوب
الدابة المشتركة بغير إذن الشريك فموجب للضمان بالاتفاق
على ما يفهم من سياق كلام القهستاني أبو السعود غصب
لإزالة اليد المالكة يعني لأنه باستخدام عبد الغير والحمل على
دابة الغير بغير إذن المالك أثبت فيه اليد المتصرفة ومن ضرورة
ثبوت يده إزالة يد المالك عنه فتحقق الغصب فيضمنه
لا بجلوسه على بساط غيره بغير إذنه وكذا على فرش
غيره أو سريره أو ركوب دابته ولم يزل عن مكانه لعدم
إزالتها أي لأن الجلوس عليه ونحوه ليس بتصرف فيه فلا
تتحقق الإزالة لكن قال الشيخ رحمه الله ظهر لي أنه لا بد من زيادة
ما قاله ابن الكمال من قوله بفعل في العين وإلا فجلوسه على البساط
قد أزال يد المالك عنه إن كان قدر جلوسه وإن جلس على
طرف منه فقد أزال يده عن ذلك الطرف لعدم حصول
ذلك في يد المالك ويد الظالم فيه واحد لم يكن ذلك
بفعل في العين لأنه لم يحولها بل هي بفعل في المالك بصرف
يده عنها ومنعه من التصرف فيها فلم يكن غاصبا لأن شرط
الغصب أن تكون إزالته بفعل في العين ولم يوجد تأمل
لكن ذكر الزيلعي بأن الجلوس على البساط ليس بتصرف فيه
ولهذا لا يرجح به على المتعلق عند التنازع كما ذكر في باب
دعوى الرجلين فلم يصر في يده والبسط فعل المالك فتبقى يد
المالك فيه ما بقي أثر فعله لعدم ما يزيلها بالنقل والتحويل
اهـ فصح قول الدرر لعدم إزالتها ولا يقال الصواب
لإزالتها لا بفعل في العين لا سيما ولم يعتبر هذا القيد لا في المتن
ولا في الشرح فليفي بسوء التخريج به فضلا عن كونه صوابا اهـ

فلا

فلا يضمن الجالس على بساط ما لو هلك البساط بفعله
أي بفعل الجالس وفي الخانية لو جلس على ثوب رجل وصاحب
الثوب لا يعلم به فقام صاحب الثوب فانشق الثوب من
جلوس الجالس كان على الجالس نصف ضمان الثوب وفي مجموع
في رواية يضمن نقصان الشق والاعتماد على ظاهر الرواية
رجل دخل بيت رجل وأذن له صاحب البيت بالجلوس على
وسادة فجلس عليها فإذا تحتها قارورة دهن لا يعلم بها فاندقت
القارورة فذهب الدهن فضمان الدهن وضمان ما تخرق من
الوسادة والقارورة على الجالس ولو كانت القارورة تحت
ملاءة قد غطاها فأذن له بالجلوس على الملاءة لا يضمن الجالس قال
الفقيه أبو الليث في الوسادة لا يضمن عند بعض المشايخ وهو
أقرب إلى القياس لأن الوسادة لا تمسك الجالس كما لا تمسك
الملاءة وعليه الفتوى وفي الخلاصة ولو أذن له بالجلوس على
السطح فوقع السطح على شيء لا يضمن ما لو هلك
بلا تعد فلا ضمان ولا يكون غاصبا وهو معطوف على قوله
فاستخدام لا على قوله جلوسه تنبيه لو دخل رجل دار
إنسان وأخذ متاعه بإذن رب الدار ثم أخذه بغير إذن
فهو غاصب بنفس الأخذ وإن لم يخرجه حتى لو أخذه جهرا
وأخذه خفية ولم يستكمل شروط السرقة وإلا فهو سارق
فتأمل وحد الأخذ أخذها أخذه فهو ضامن وإن لم يحوله
[illegible] الأخذ للمأخوذ من الدار قال في [illegible] وبهذا
يعلم ما يرد على تعريف الغصب فإنه يضمن بالجحود وليس هناك
إزالة يد فلا يكون التعريف جامعا ويمكن أن يجاب بأن جحوده
بمنزلة إزالة اليد اهـ وقيده الشيخ رحمه الله بما لو نقلها مع
عدم تحقق الغصب بدون التحويل [illegible] وما ذكر [illegible]

قوله لو استقبلتما وهذا بناء على ان الواقعة في قوله وان لم يرضيه
قال السيد حمد الاولى جعله موصولا بما قبله ويكون بعده
وان لم يجد وقد قدمنا عن قول الشارح بجوده لما اخذه
قبل ان يحوله عن التترخانية ولذا من اخذ متاع انسان في داره
فجحد ضمن وان لم يخرجه منها فان لم يجحد فلا ضمان الخروج لم يجحد
اي وان لم يجحد لم يضمن الاخذ ما لم يهلك المأخوذ بفعله فان
هلك بفعله ضمنه بالاتلاف حقيقي او يخرجه من الدار جانبيه
فان اخرجه فقد وجد التحويل فيضمن ان كان بغير اذن
حقيقي وحكمه الاثم لارتكابه المعصية وهو محمل اطلاق
قولهم موجبه الغرم لمن علم انه اي المغصوب المأخوذ
مال الغير ورد العين المأخوذة ان كانت قائمة قال الزيلعي
اذا رد الغاصب المغصوب فلم يقبله فحمله الى منزله فضاع
عنده لا يضمن لانه يكون امانة اهـ والغرم ان كانت
هالكة بفعله لانه لما وجب عليه رد على المالك لتعديه
على حقه وقد عجز وجب عليه الضمان سواء هلك بفعله
او بفعل غيره او هلك بآفة سماوية فهنا و بغير من علم
بان اتلف مال غيره وهو يظن انه ماله او اشترى عينا
ثم ظهر استحقاقه للاجبار اي فيجب رد العين ان كانت
قائمة او الغرم ان كانت هالكة مطلقا لان الضمان انما وجب
جبرا لحق العبد بتفويته وحقه قرعي فلا يتوقف على
قصده فلا اثم لانه وقع الاخذ والاستهلاك خطأ وهو
الخطأ مرفوع عن العباد ثم له بالحديث الذي خرجه البخاري
عن النبي صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطأ والنسيان
والمراد الماثم والمراد من الغرم ما سلف فمثلا رد مثله ان
كان مثليا ورد قيمته ان كان قيميا المغصوب منه مخير

بين

بين تضمين الغاصب وغاصب الغاصب وسيأتي
هذه مسألة للشارح بحث قول لمالك غصب شيئا
ثم غصبه اخر منه اخر وبأتي كلامنا مستوفى ثمة ان شاء
الله تعالى الا اذا كان في الوقف المغصوب بان غصبه
اي من الغاصب والحال ان قيمته حين غصب من الغاصب
اكثر من قيمته حين غصبه الغاصب الاول والحال انه
كان الغاصب الثاني املى واصحه غنى من الغاصب
الاول فهما شرطان للزوم تضمين الثاني فان فقد هذين
تعين ما فيه النظر للوقف فان لم يكن حدهما نظر فيه
رحمتي فان الضمان على الغاصب الثاني لانه متوقف
الا فيما هو انفع للوقف وباجتماع شرطين كان تضمين
الثاني هو الانفع فيتعين حتى لو كان الاول املى يضمن
لذلك وقف لخانية وظاهره انه وان كان قيمته حال اغتصاب
الثاني اكثر واختصار مفيد لعبارة الخانية لاخلل فيه ولا تلتفت
الى عبارة بحر حيث قال بان عبارته للشارح موهمة وحل
عبارة الخانية رجل غصب ارضا موقوفة قيمتها الف ثم
غصب من الغاصب رجل اخر بعدما ازدادت قيمة الارض
فصارت تساوي الفين فان المتولي يتبع الغاصب الثاني
ان كان مليا على قوله من يرى العقار يضمن بالغصب لان
تضمين الغاصب انفع للوقف وان كان الاول املى من الثاني
يتبع الثاني الاول لان تضمين الاول يكون انفع للوقف
وان تساويا يتبع ايهما شاء وان اتبع احدهما برئ الاخر
عن الضمان كالمالك اذا اختار تضمين الغاصب الاول والثاني
برئ الاخر وذكر في غصبها الخانية غصب رجل جمالا
لاخر فاستهلكه الغاصب وليس يؤخذ بسبب غيبة ونحو

الصبغ ضمن الغاصب قيمة الحمل بالاستهلاك ومثله الهلاك
ونقصان الام ضمنه ايضا لانه غصب الولد وجب نقصان الام
وان لم يفعل الغاصب في الام فعلا كما في غصب الخانية فهو من
ضمان العدوان وقد سبق قريبا وذكر في كراهيتها اي الخانية
من هدم حائط غيره ضمن نقصانه هذا هو الصحيح مجتبى
وفي شرح النقاية للعلامة قاسم واذا هدم رجل حائط جاره
فللجار الخيار ان شاء ضمنه قيمة الحائط والنقض للضامن وان
شاء اخذ النقض وضمنه النقصان لان الحائط قائم من وجه
هالك من وجه فان شاء مال الى جهة القيام وضمنه النقصان
وان شاء مال الى جهة الهلاك وضمنه قيمة الحائط وليس له
ان يجبره على بنائه كما كان لان الحائط ليس من ذوات الامثال
وطريق تقويم النقصان ان تقوم الدار مع حيطانها وتقوم
بدون هذا الحائط فيضمن فضل ما بينهما اه ومنه يظهر
ما في كلام الشارح من القصور وفي الوهبانية هدم جدار غيره
من تراب وبناه كما كان يبرأ من الضمان وان بناه من
خشب او اجر لا لانها تتفاوت حتى لو علم ان الثاني اجود
يبرأ وفي القنية هدم حائط مسجد يؤمر بتسويته واصلاحه
وفي البزازية لو نقض جدارا مصبوغة يضمن قيمة الجدار
والصبغ لا النقش لانها حرام اه يعني اذا كانت لذي
روح ولا يضمن قيمتها ايضا ابو السعود وفي القنية
عن المحيط بعضهم هدم حائطا متخذا من خشب او قصب
من رجل يضمن قيمته وان كان حديثا يؤمر باعادته
كما كان وفي الدرر المنتقى يؤخذ في هدم الجدار بالبناء لا
بالنقصان وفي الصغرى يؤخذ بالقيمة وقيل ان البناء لو
وقد قدمنا ان الصحيح ضمان النقصان وقيد الشارح النقض

من هدم جدار غيره لا يهدم فيحدث مع [illegible] من هدم
بيت نفسه فانهدم به بيت جاره لم يضمن ان لم يتقدم
اه بحر ان ظاهر ملاقيه يعم مثل ولو وقف لكن قيده في الخانية
مسألة بالملك وغيرها لو هدم حائط دار رجل ملكه او
تصرفها بين ضمن النقصان اه وتزيده ما في الذخيرة
واذا غصب الدار موقوفة فهدم بناء الدار وقطع الاشجار
كان للقيم ان يضمنه قيمة الاشجار ويخير بناء ويضمن
قيمة البناء مبنيا وقيمة النخل نابتا الى الارض [illegible]
الغصب ورد مثله اه ولو غصب شيئا [illegible]
من عمارته لو هدم حائط لو توقف بتركه قيمة الاوقاف
المسجد فان عليه تسويتها وذكر فيه [illegible] يضمن
بالقيمة اذا كان بلد خصومة غير بلد الغصب [illegible]
فيه فليراجع ولم يذكر هادم جدر عمارته لا حائط مسجد
كان وحديثا ومنهم من فرق فقال في الحديث يؤمر باعادته
الى حائط المسجد فانه يؤمر بدون ضمان هذه المسألة
على طريق الاستثناء كان هادما معروف ولم يظهر وجه الفرق
بين حائط المسجد وحائط غيره فانه [illegible] لو عدم جبر
على بنائه كما كان فيما لو هدم حائط غيره بانه حائط ليس
من ذوات الامثال كما تقدم قريبا وهذه علة بعينها
جارية في حائط المسجد فليحرر اه قلت وما [illegible]
على عمارة حائط المسجد يبنى مسجد لا بد من [illegible]
ومن يوجبه النقصان [illegible]
لعادته وصرف ما قبضه من ضمان [illegible] فيما بعد ذلك
فلذا قال [illegible]
ولو [illegible]

وفي يده عامة يؤمر برفعها كما مر في هدم حائط المسجد اه
وهذا يشير بالفرق بين ما كان للعامة كالمسجد وما كان
للخاصة وظاهره ولو كان وقفا وفي الذخيرة واذا غصب الدار
الموقوفة فهدم بناءها وقطع الاشجار فللقيم ان يضمنه قيمة
الاشجار والنخل والبناء اذا لم يقدر الغاصب على ردها ويضمن
قيمة البناء مبنيا وقيمة النخل نابتا في الارض لان الغصب
ورد هكذا اه ومقتضاه انه يطالب ولا يرد البناء ان امكن
بعينه فالضمان وفي فتاوى قارئ الهداية عن [illegible]
وقف فهدمها وجعلها طاحونا وفرنا اجاب ينظر القاضي
ان كان ما غيرها اليه انفع واكثر ريعا اخذت منه الاجرة وبقي
ما عمره للوقف وهو متبرع والزم بهدمه واعادته الى الصفة
الاولى بعد تعزيره بما يليق بحاله اه وهذا يأتي في المسجد
والله تعالى اعلم وفي القنية تصرف رجل في ملك غيره ثم ادعى
المتصرف انه كان باذنه اي باذن المالك وانكر المالك الاذن فالقول
للمالك فان تلف في يده يضمنه المتصرف فان السبب الموجب للضمان
موجود حيث لم يثبت الاذن الا اذا تصرف رجل في مال امرأته
فماتت زوجته وادعى الزوج انه كان يتصرف في مالها باذنها وانكر
الورثة الاذن فالقول للزوج وكانه استحسان حيث يعني
والقياس انه لا يكون القول له لكونه مدعيا والسبب الموجب
للضمان موجود حيث لم يثبت اذنها ووجه الاستحسان
ان الرجل هو الذي يتصرف في امور زوجته عادة ولا يتصرف مثل
هذا التصرف في مالها الا باذنها فكان الظاهر شاهدا له والظاهر
يكفي للدفع وعبارة القنية جرت ان يتصرف في غلات امرأته
ويدفعها بالمرابحة ثم ماتت فادعى ورثتها انك كنت تتصرف
في مالها بغير اذنها فعليك الضمان وقال الزوج بل باذنها

فالقول

فالقول قول الزوج لان الظاهر شاهد له اه وسيأتي في شتى
الوصايا ما لو انفق على زوجته انه لو اختلفا في الاذن وعدمه
فالقول لمنكره قلت وذلك فيما لو صرف من ماله في العمارة وسيأتي
[illegible] ومسألة الشريك فيما لو صرف في مالها قبل الاذن وايجاب
الضمان وفي مسألة شتى دفع وجوب ضمانه بما تلف فيه ويؤخذ منه
الطعام والشراب من مالها واذن في الشرع وطالبه الورثة فالقول
له ذكره سيدي ويجب رد عين المغصوب لقوله صلى الله
عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترد وقوله صلى الله عليه وسلم
لا يحل لاحدكم ان يأخذ مال اخيه لاعبا ولا جادا وان اخذه فليرده
عليه ولانه بالاخذ فوت عليه اليد وهي مقصودة لان المالك
بها يتوصل الى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع والتصرف وبها
شرعت الكتابة ولان مع انها لا تعيد سوى ما يجب عليه
نسخ فعله دفعا للضرر عنه بقدر ما كان زيلعي وقوله
في الحديث الاول على اليد ما اخذت اي على صاحب اليد رد عين
ما اخذ وقوله في الحديث الثاني لاعبا ولا جادا في
الفائق ومصابيح لاعبا جادا بدون حرف العطف وشرح
السنة ومعناه ان لا يريد بأخذه سرقته ولكن ادخال
الغيظ على اخيه فهو لاعب في مذهب السرقة جاد في ادخال
الاذى عليه او قاصد للعب وهو يريد ان يجعل ذلك [illegible]
كما في العناية وهذا في الموضع الغاصب والمغصوب منه
ابقا عاقلا فلو غصب من صبي ورده عليه ان كان من اهل
حفظه صح رده والا لا بزازية وسيأتي في فروع ما يتغير
تغيرا فاحشا سيأتي تفسيره بانه ما فوت بعض العين
وبعض نفعه وانه حينئذ يسلم الغاصب المغصوب ويأخذ
قيمتها ويدفعها او يضمن نقصانها وفي ذلك كلام

يحتبس في مكان غصبه ويتحقق رد بالتعيين كما في الوديعة
كذا في البزازية والخلاصة لتفاوت القيم باختلاف الاماكن
وفي الخانية رجل غصب من رجل دراهم او دنانير في بلدة فطالبه
المالك في بلدة اخرى كان عليه تسليمها وليس للمالك ان يطالبه
بالقيمة وان اختلف السعر ولو غصب عينا فلقيه المغصوب
منه في بلدة اخرى والمغصوب في يد الغاصب فان كانت القيمة
في هذا المكان مثل قيمته في مكان الغصب او اكثر فللمالك
ان ياخذ المغصوب وليس له ان يطالبه بالقيمة وان كان
سعره في هذا المكان اقل من السعر في مكان الغصب كان
المالك بالخيار ان شاء اخذ القيمة على سعر مكان الغصب
وان شاء انتظر حتى ياخذ الغصب في بلدة الغصب وان
المالك وجد الغاصب في بلدة الغصب وقد انتقص سعر العين
فانه ياخذ العين وليس له ان يطالبه بقيمته يوم الغصب
اهـ ولو كان المغصوب مثليا وهو هالك فان كانت قيمته
في المكانين سواء او في مكان المطالبة اكثر رد المثل وان كان
السعر في هذا المكان اقل فهو بالخيار ان شاء اخذ مثله للحال
وان شاء اخذ قيمته حيث غصب وان شاء انتظر حتى يرجع
الى بلدته فياخذ مثله وان كانت القيمة في مكان
الخصومة اكثر خير الغاصب ان شاء اعطى مثله حيث
خاصمه وان شاء اعطى قيمته حيث غصب الا ان يرضى المغصوب
منه بالتاخير وان كانت القيمة في المكانين سواء فللمالك ان
يطالبه بالمثل كذا في محيط السرخسي غصب من اخر ثوبا بالكوفة
ووجدها عليه بخراسان فان كانت قيمتها بخراسان مثل قيمتها
بالكوفة امر المغصوب منه باخذها وان كانت قيمتها بخراسان
اقل من قيمتها بالكوفة خير المالك ان شاء اخذها وان شاء اخذ قيمتها

بالكوفة

بالكوفة وكذلك بخارى وكل ماله حمل ومؤنة الى ذلك الموضع
قال وكذلك كلما يكال ويوزن كذا في المحيط قال الزيلعي ونظر
وجوه رد عينه في مكان غصبه لان المالية تختلف باختلاف
الاماكن ولهذا تتفاوت قيمته به ورد العين هو الموجب
الاصلي على ما قالوا لانه اعدل وكل ورد بصورة ومعنى ورد
القيمة او المثل مخلص فيصار اليه عند تعذر رد العين
ولهذا يطالب برد العين قبل هلاكه ولو اتى بالقيمة والمثل
لا يعتد به لكونه قاصرا وقد يبرأ الغاصب بردها الى بيت
المغصوب ولو بغير علم المالك [illegible]
ولذا قال في البزازية غصب رجل دراهم انسان من كيسه
ثم ردها فيه بلا علمه برئ الغاصب من الضمان وفي الوجيز
في باب وجوب الضمان ولو كيسه فاخذ بعض نفقته
ثم رد النصف الى الكيس بعد ايام ضمن النصف المأخوذ لا
غير ولا يبرأ بردها الى الكيس هو المعمول في مسائله وفي التتمة
وفي التتمة سئل ابو عصمة عن رجل غصب من صبي دراهم
فانفقها ثم اعادها في كيسه ثم ما كان حرزا من غيره للصبي
صاحبها وخلطها بدراهمه فقال الامر موقوف حتى يعلم
صاحب الكيس بجميع ما في كيسه او حمل الكيس من موضعه
فيسقط عنه الضمان كذا في التتارخانية ولكن لو سلمه بيده الغاصب
الى المغصوب ابيه اي مالكه بجهة اخرى بهبة من الغاصب
للمغصوب منه بان قبل المغصوبة او البيع او ايداع الغاصب
العين المغصوبة عند المغصوب منه او قبضه وشراه او رهنه
للمالك وسلمه له فانه يبرأ الغاصب في جميع هذه الوجوه ولو
[illegible] الغاصب المغصوب منه ما غصبه من المأكولات
فاكله المالك وهو لا يدري [illegible]

الجناية قدرت كما في الظهيرية غصب دارا ثم استاجرها من
المالك والدار بيد الغاصب بحضرتها لا يبرا وان كان هو ساكنا فيها
او كان قادرا على سكناها برئ عن الضمان بوجوب الاجر
عليه كما في الوجيز قال محمد رحمه الله في الجامع رجل غصب من اخر
عبدا ثم استاجره من المغصوب منه مع ويصير مستاجرا
فان هذا لا يحكم الاجارة بالعقد ويبرا الغاصب من الضمان
وهذا لان قبض الغصب ينوب عن قبض الاجارة فاذا صار
قابضا بنفس الاجارة يحكم العقد صار امينا وارتفع الضمان
فلا يعود الضمان الا باعتداء مستانف وان مات العبد في مدة
الاجارة مات امانة ويجب على الغاصب الاجر فيما مضى من
مدة الاجارة ويسقط الباقي فان مضت مدة الاجارة
والعبد حي لم يعد مضمونا وفي المنتقى غصب من اخر
عبدا ثم استاجره من المغصوب منه ليعمل له عملا فاذا اخذ
في ذلك العمل برئ الغاصب عن الضمان لان الاجر قد وجب
عليه كذا في الذخيرة ولو عار رب المغصوب من الغاصب
لا يبرا حتى لو هلك قبل الاستعمال يكون مضمونا على الغاصب
ولو قال المالك للغاصب اودعتك المغصوب ثم هلك في يده
يضمن لانه لم يوجد الا براءة عن الضمان فصار الامر بالحفظ
وعقد الوديعة لا ينافيان ضمان الغصب كما في العمادية
قال ولي المغصوب منه اذا زوج الجارية المغصوبة برئ
من ضمانها في المال في قياس قول ابي حنيفة وهذا فرع
على خلاف بينهم في البيع انه هل يصير قابضا بالتزويج ام
لو وطئها الزوج فان الغاصب يبرا اجماعا كما في السراجية وان
كان المغصوب منه استاجر الغاصب ليعمل المغصوب عملا
من الاعمال فذلك جائز وهو في يد الغاصب على ضمانه حتى

انه هلك

ان هلك قبل ان ياخذ في ذلك العمل وبعده ضمن وكذلك
لو استاجر نفس ثوب المغصوب كما في المحيط رجل غصب
من اخر كرا من حنطة ثم دفعه الى المغصوب منه وقال المغصوب
منه اشتريته او قبضته ثم علم انها كانت حنطة فللمغصوب
منه ان يمسك الدقيق وكذا لو غصب غزلا ثم دفعه الى
المغصوب منه وقال نسجه ثم علم به وكذا لو غصب دابة
ثم مات المغصوب منه لحاق وارثه واستعارها من الغاصب
فاعارها الغاصب اياه فعطبت تحته برئ عن ضمانه
كما في الخانية الغاصب اذا باع المغصوب بامر المالك يبرا
عن الضمان كما لو باعه بامر المالك كما في خزانة المفتين
ولو امر المالك الغاصب ببيع المغصوب صح ويصير
وكيلا ولا يخرج عن ضمانه بمجرد الامر بالبيع ولكن يخرج عن
ضمانه بمجرد البيع حتى لو هلك العبد قبل التسليم ينفسخ
البيع ويلزم الغاصب قيمة العبد ولذلك المغصوب منه اذا
باع المغصوب بنفسه قبل التسليم من مشتري لا يخرج عن
ضمان الغصب ثم الغاصب اذا باع المغصوب بامر المغصوب
منه في كتاب البيوع مطلقا وفي شرح [illegible]
زاده في كتاب الاقرار انه في جامع [illegible] على وجوه
ان كان المأخوذ منه يبرا فقط ما قال في كتاب
وان كان صغيرا ذكر انه اذا رده في [illegible] فهلك في
كان يحجور ان كان صبيا لا يعقل يتحقق لا يبرا عن
الضمان اذا رده عليه بعدما اخذه منه وان كان عليه
فلان يحجون عن مكان لا يحجر محسانا وان كان
صبيا يعقل الحفظ ويحفظ ففيه خلاف المشايخ والمختار انه
[illegible] انه يبرا عن الضمان اداه [illegible]

من غير ذكر خلاف وإن كان لا يبطل لا أخذ ولا عطاء لا يبرأ من غير
تفصيل وفيه نظر إن كان المغصوب دراهم وقد استهلكها
الغاصب ثم رد مثلها إلى صاحبها وهو يعقل يبرأ وإن كان
مأذونا وإن كان محجورا لا كما في المحيط غصب سرجا من ظهر
الدابة ثم أعاده إلى ظهرها لا يبرأ كما في الوجيز غصب حطبا
واستأجر المغصوب منه بأن يطبخ له قدرا وقد طبخت
القدر ولم يشعر به قال مشايخنا لا رواية لهذا والصحيح
أنه يبرأ كذا في جواهر الاخلاطي رجل له على آخر دين فأخذ
من ماله مثل حقه قال الصدر الشهيد المختار أنه لا يصير
غاصبا لأنه أخذ بإذن الشرع لكن يصير مضمونا عليه
لأن هذا طريق قضاء الدين كما في المحيط ولو كان على رجل
دين فأخذ غير صاحب الدين اختلف المشايخ فيه قال نصير
ابن يحيى يصير قصاصا عن الدين لأن الإذن بمنزلة المعين
له على أخذ حقه والفتوى على هذا القول كما في التترخانية
خرج خاتم النائم ثم أعاده في النوم يبرأ وإن استيقظ ثم
نام وأعاده في النوم الثاني لا يبرأ لأن في الأول يجب الرد على النائم
وقد وجد وفي الثاني يجب على اليقظان ولم يوجد وكذا الحال
في إعادة الخاتم إلى إصبع النائم والخف إلى رجله والقلنسوة
إلى رأسه الإمام الثاني يعتبر اتحاد النوم في إزالة الضمان
كما ذكر هنا ومحمد يعتبر اتحاد المجلس حتى إذا أعاده في المجلس
يبرأ عن الضمان ولو في نومة أخرى فإن لم يجلس عن مكانه
وأعاده إلى إصبعه أي إصبع كان أو رجله زال الضمان عنه
وإن تحول ثم أعاده في تلك النومة وغيرها لا يبرأ ما لم يرده
إليه حال اليقظة كما في الوجيز ولو لبس ثوب غيره بغير أمره
حال غيبته ثم نزعه ثم أعاده إلى مكانه لا يبرأ عن الضمان قال

مشايخنا

مشايخنا رح وهذا إذا لبس كما يلبس الثوب عادة فأما
إذا كان قميصا فوضعه على عاتقه ثم أعاده إلى مكانه
لا يضمن في قولهم وفي المنتقى لابن سماعة عن محمد رجل أخرج
ثوب رجل من بيته بغير أمره فلبسه ثم رده في بيته فوضعه
فيه فهلك لا ضمان عليه استحسانا وإن أخذ دابة من يد
المالك غصبا ثم ردها فلم يجد صاحبها ولا خادمه فربطها
في دار صاحبها على معلفها فهو ضامن نص عليه شمس الأئمة
السرخسي في شرح كتاب العارية كما في الذخيرة ولو جاء
الغاصب بالمغصوب ووضعه في حجر مالكه وهو لا يعلم بأنه
ملكه في إتيان تخلية فالصحيح أنه يبرأ كما في محيط السرخسي
وإن أتلفه وأعطاه القيمة بلا قضاء فلم يقبل ثم وضع بين
يديه لا يبرأ إلا أن يضعه في يد مالكه وفي حجره كما في الوجيز
وفي جامع الفصولين أتى بقيمته متلفه فلم يقبلها المالك
قال أبو نصر يرفع الأمر إلى القاضي حتى يأمره بقبوله فيبرأ
وفي البزازية لو كان المغصوب في يد الغاصب ثم وضعه عند
المالك وقال للمالك خذه فلم يقبله صار أمانة في يده
ولو رد المغصوب إلى أحد من ورثة المغصوب منه لم يبرأ
عن نصيب الآخرين إذا كان الرد بغير قضاء كما في السراجية
الغاصب رد المغصوب إلى المالك فلم يقبله فحمله الغاصب
إلى منزله فهلك عنده لا يضمن ولا يجدد الغصب بالحمل إلى
منزله إذا لم يضعه عند المالك فإن وضعه بحيث تناله
الأيدي ثم حمله ثانيا إلى منزله فضاع ضمن ما لو كان في
يده ولم يضعه عند المالك فقال للمالك خذه ولم يقبله
صار أمانة في يده كما في الوجيز وعن نصير دابة
واقفة في الطريق فجاء قاض وعن أبي سلمة إذا وقفت

ثم سارت بعد ذلك لم يضمن كما في التتارخانية رجلان لكل
من
حنطة غصب رجل احدهما ثم اودع المالك الغاصب الكر الآخر
فخلطه الغاصب بالكر المغصوب ثم ضاع ذلك كله ضمن الكر
المغصوب ولا يضمن كر الوديعة كما في محيط السرخسي غصب
من اخر سفينة فلما ركبها وبلغ وسط البحر فلحقه صاحبها
ليس له ان يستردها ولكن يؤاجرها من ذلك الموضع الى الشط
مراعاة ولذلك لو غصب دابة فلحقها صاحبها في المفازة
في موضع الهلكة لا يستردها منه ولكن يؤاجرها اياه كما في المحيط
كفن في ثوب غصب واهيل التراب عليه ومضت ثلاثة ايام
ولم يتغير ثم جاء صاحب الكفن فان كان للميت تركة او لم
تكن لكن اعطى رجل قيمته فعلى المالك ان يأخذ ولا ينبش
القبر استحسانا وان لم تصل اليه القيمة فهو بالخيار ان شاء
تركه للآخرة وان شاء نبش القبر واخذ الكفن والاول افضل
لدينه ودنياه فان نبش القبر واخذ الكفن فوجده انتقص
فله ان يضمن الذي كفنه ودفنه كما في الكبرى رجل غصب
ثوبا او دابة او دراهم وهي في جماعة يتعسر تمييزها فاشتراه
منها صح ويصير الغصب امانة في يده ولذا احله من
ذلك برئ الغاصب من الضمان سواء كان قائما او مستهلكا
ان كان مستهلكا فهو ابراء عن الدين وان كان قائما فهو ابراء
عن ضمان الغصب ويصير العين امانة عند الغاصب
كما في خزانة [illegible] رجل قطع غصنا [illegible] فنبتت مكانها اخرى لا
يبرأ عن الضمان وكذلك لو حصد زرعا ونبتت مكانه
اخرى لا يبرأ عن ضمان المحصود والمقطوع كما في العمادية وفي
فتاوى النسفي غصب من اخر ساجة وادخلها في بنائه
او غصب من اخر تالة وغرسها في ارضه وكبرت حتى قطع

حق المالك لان المالك قال للغاصب وهبت لك [illegible]
والمسألة تصح وهذا يوجب الضمان كما في المحيط وفي نوادر
هشام ابريق فضة لانسان ثم جاء اخر وهشمه هشما
برئ الاول من الضمان وضمن الثاني مثلها ولذلك لو صب
ماء على حنطة انسان ثم جاء اخر وصب عليها ماء اخر وزاد في نقصانها
برئ الاول من الضمان وضمن الثاني قيمتها يوم صب الثاني
كما في العمادية واكسر اناء فضة رجل واستهلكه صاحبه
قبل ان يعطيه اياه فلا شيء على الكاسر لانه شرط تعيين تسليم
المكسور وقد فوت ذلك بالاستهلاك كما في المحيط رجل غصب
شيئا ونقص للحفظ وجاز المالك حفظه كما هو برئ من
الضمان ولو لم يستعمله فأمره بالحفظ لا يبرأ عن الضمان
وعلى هذا لو اودع الرجل مال الغير فاجاز المالك يبرأ عن الضمان
كما في الخلاصة ولو غصب من اخر شيئا فغاب المغصوب منه
فجاء الغاصب الى القاضي وطلب منه ان يأخذه منه ويفرض
له النفقة فالقاضي لا يأخذه ولا يفرض له النفقة فان
كان الرجل مخوفا فاسقا يرى القاضي ان يأخذه منه ويبيعه لا بأس
به لان هذا نظر من وجه وترك النظر من وجه فكان للقاضي
في ذلك رأي كما في الظهيرية ويجب رد مثله ان هلك وهو
مثلي والحال ان الهالك في يد الغاصب مثلي لقوله تعالى فمن اعتدى
عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان حق المالك
ثابت في الصورة والمعنى وقد امكن اعتبارهما بايجاب المثل
فكان اعدل واتم في جبر لما فات [illegible] ومن قيمته و[illegible]
يبنى على ذلك فان [illegible] يقوم مقامه من كل وجه
فكان اصله عدل ولا معنى [illegible] موجب فيه
قيمته باعتبار ان وجوب الضمان واعتبار [illegible] وفي القيمة

استهلكه الغاصب فللمغصوب منه ان يضمنه مايتي درهم قيمته
يوم استهلكه الغاصب ولو غصب الكر وهو يساوي مايتين ثم
صارت قيمته مائة وخمسين ثم انقطع عن ايدي الناس وعشر
وارتفع وصار لا يقدر على مثله ثم صارت قيمته مائة ثم
استهلكه الغاصب فللمغصوب منه ان يضمن قيمة مائة وخمسين
اخر ما كان موجودا في ايدي الناس وليس له ان يضمنه اكثر
من ذلك اه وفي القهستاني اما اذا استهلكت فكذلك عنده
وعندهما يوم الاستهلاك وفي جامع الفصولين غصب شاة فسمنت
ثم ذبحها ضمن قيمتها يوم غصب لا يوم ذبحه عنده وعندهما يوم
ذبحه ولو تلف بلا اهلاكه ضمن قيمتها يوم غصب ويجب
القيمة في القيمي اي ما لا مثل له وهو الزروع والحيوانات والعدديات
المتفاوتة وتعتبر قيمته يوم غصبه اجماعا لانه تعذر اعتبار
المثل صورة ومعنى وهو الكامل فيجب اعتبار المثل معنى وهو القيمة
لانها تقوم مقامه ويحصل بها مثله واسمها ينبي عنه وقال
مالك يضمن مثله صورة لما تلونا ولما روي ان انسا رضي
الله عنه قال كنت في حجرة عايشة رضي الله عنها قبل ان يضرب
الحجاب فاتي بقصعة من ثريد من عند بعض ازواجه
صلى الله عليه وسلم فضربت عايشة القصعة بيدها
فانكسرت فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يأكل من الارض
ويقول غارت امكم غارت امكم ثم جاءت عايشة رضي الله عنها
بقصعة مثل تلك القصعة فردها فاستحسن ذلك
رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال علي رضي الله عنه في ولد
المغرور يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية ولنا قوله
صلى الله عليه وسلم في عبد بين رجلين يعتقه احدهما
فان كان موسرا ضمن قيمة نصيب شريكه غير مشقوق

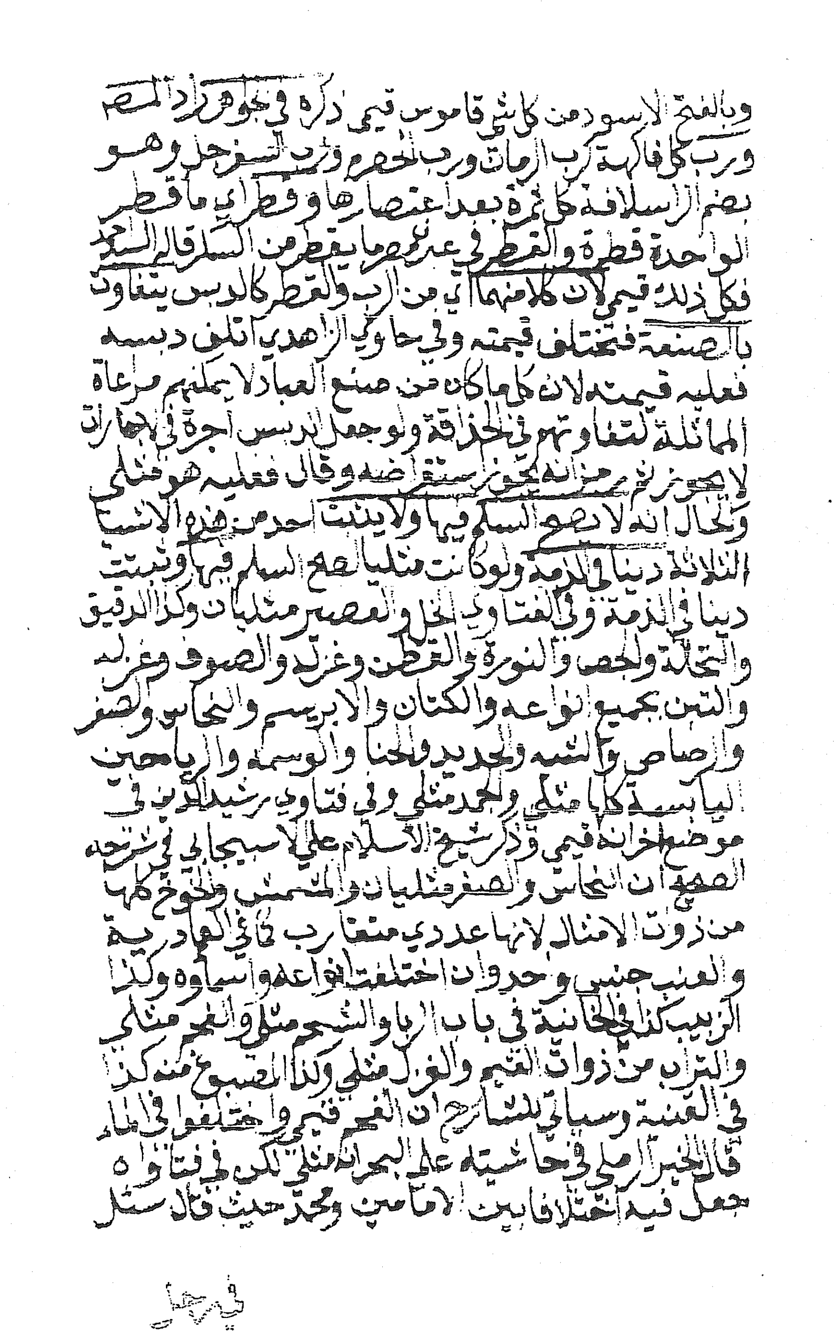
عليه

عليه وهذا نص صريح على اعتبار القيمة في الاعيان حيث
اوجبها على المعتق ان كان موسرا وعلى العبد ان كان معسرا
وحديث عايشة رضي الله عنها محمول على طريق المروة ومكارم
الاخلاق لا على طريق الوجوب ان كانت القصعتان
للنبي صلى الله عليه وسلم ومعنى قول علي رضي الله عنه
يفك الغلام بالغلام اي بقيمة الغلام حذف المضاف
واقام المضاف اليه مقامه اي بقيمة نفسه يويده
انه قد صح عنه وعن عمر رضي الله عنهما القضاء بقيمة
في ولد المغرور بالقيمة ذكره في النهاية ورواية الكتاب اولى لانه
لان المذكور فيه المثل وهو موجود في القيمة من حيث المعنى
على ما بينا فكانت الاية شاهدة لما قلنا وهذا المثل هو
المتعارف بين الناس لا المثل صورة بلا معنى وايد
قال شريح من كسر عصا فهي له وعليه قيمتها وما قال
ذلك الا لانه فهمه من الاية ويدل وهو ان وجوب
القيمة يوم غصبه في الاعيان القيمية اذا كانت هالكة
ما اذا استهلكت فكذلك عنده وعندهما يوم الاستهلاك
قهستاني عن المختلفات وفي الخانية غصب واستهلك
المغصوب وهو من ذوات القيم حتى ضمن قيمته فانه
ينظر ان كان ذلك شيئا يباع في السوق بالدراهم تقوم
بالدراهم وان كان بالدنانير يقوم بالدنانير وان كان يباع
بهما كان الراي الى القاضي يقضي عليه بما هو انظر للمغصوب منه
اه وفي البحر الزاخر رجل استهلك ثوب رجل اخر ثم
جاء بقيمته فقال المغصوب منه لا اريدها ولا احللك
في حل يرفع الامر الى القاضي حتى يجبره على القبول لان
في ذلك حق المستهلك وهو براءة ذمته فان لم يرفع تكلف

وضعه في حجر صاحبه او بين يديه برئ وان وضعه بين يديه
لا يبرأ وفي الوديعة وعين المغصوب يبرأ اذا وضعه بين يديه
اهـ زاد في الذخيرة والفرق ان الواجب في قبض الدين
حقيقة القبض لتحقق المعاوضة وفي الوديعة والغصب
يتحقق الرد بالتخلية لعدم المعاوضة اهـ والمثلي
هو كل مكيل وموزون وعددي متقارب والمخلوط بخلاف
جنسه كبر مخلوط بشعير وشيرج كدهن السمسم مخلوط
بزيت ونحو ذلك وفي فتاوى رشيد الدين كل موزون
اذا اختلطا بحيث لا يمكن بينهما التمييز يخرج بذلك من
ان يكون مثليا ويكون من ذوات القيمة لانه ربما يكون
احدهما اكثر والآخر اقل حتى لو كانا على السواء بان تتحد
الصابون من جنس واحد يضمن مثله اهـ بالمعنى
لدهن نجس فانه قيمي ما لم يخلطه لانه قيل في تعريف
المثلي هو ما يوجد له نظير في الاسواق بلا تفاوت بين
اجزائه يعتد به وما لا يكون كذلك فهو قيمي فالدهن النجس
مختلف فالمتنجس بالفارة غير المتنجس بما عداها
هذا ما فهمته والله تعالى اعلم وقد مر للشارح في باب
البيع الفاسد وتجويز بيع الدهن المتنجس والانتفاع به
في غير الاكل بخلاف الودك اهـ اي لانه جزء الميتة وقدم
في باب الانجاس جواز الاستصباح بالودك في غير
مسجد لكن لا يلزم منه تقومه ولو صب دهنا لانسان
وقال كانت نجسة عن شيخ شرف الدين انه يضمن
القيمة لا المثل وفي البزازية نظر الى دهن غيره وهو مائع
حتى اراد اشترى فوقع من انفه دم وتنجس ان باذنه
لا يضمن والا فان الدهن مالو لا ضمن مثل ذلك القدر [illegible]

وان غير

وان غيرا او نقص لنقصان [illegible] قيمي فتجب قيمته
هلاله في يد الغاصب يوم غصبه ولا يتعين بقيمة
كل موزون يختلف قدره بالصنعة [illegible] وقد قال في النهاية
ان الصنعة غير متقومة في جميع الاموال لانه لا قيمة لها
عند مقابلة بجنسها وانما تتقوم عند مقابلة بخلاف جنسها
لمن استهلك قلب فضة يعلم قيمته من الذهب مصوغا
[illegible] في الخلاصة وان كان القلب من الذهب يقوم من
الدراهم عندنا لانا لو اوجبنا عليه مثل قيمته من جنسه
ادى الى الربا ولو اوجبنا مثل وزنه كان فيه ابطال حق صاحبه
منه في الجودة والصنعة فلم [illegible] حق مالك [illegible]
الربا قلنا يضمن قيمته من الذهب مصوغا و[illegible]
صاحبه لم يكن له فضل ما بين المسروق [illegible] لانه
لم يخل عن مال فبقيت الصنعة متفردة [illegible] لا اصل
ولا قيمة لها في الاموال الربوية اهـ ونقل من
ماكان منقولا عن [illegible] ثم نقله ابو السعود عن [illegible]
درر وفي النقصان مثلي قد يكون مصوغا بحيث تخرج
الصنعة عن مثليته يجعل نادرا بالنسبة [illegible] كالقمقمة
والقدر والابريق فانه يكون قيميا وقد يكون مصوغا
بحيث لا تخرج الصنعة عن مثليته بمقارنته وعدم
تفاوته كالدراهم ولذا يبرأ عن قوله يجعل نادرا بالنسبة
لما اي يجعل اصل الفضة ونحوها كثير بالنسبة الى المصوغ
فان القمقمة مثلا نادر بالنسبة الى اصلها قبل صنعه والدراهم
كثيرة بالنسبة الى غير المضروبة وهذا النحاس ونحوه كالابريق
وضمن منه لا افادة بعض محشيه ودبس بكسر المهملة
وسكون موحدة وبكسر [illegible] عسل التمر [illegible] النحل وبالفتح



وبالفتح الاسود من كل شيء قاموس قيمي ذكره في جواهر زاده المصر
ورب كل فاكهة رب الرمان ورب الحصرم ورب السفرجل وهو
بضم الرسلافة كل ثمرة بعد اعتصارها وقطرها ما قطر
الواحدة قطرة والقطر في عدد ما يقطر من الشيء قال السيد
فكل ذلك قيمي لان كلا منهما اي من الرب والقطر كالدبس يتفاوت
بالصنعة فتختلف قيمته وفي حاوي الزاهدي اتلف دبسه
فعليه قيمته لان كل ما كان من صنع العباد لا يمكنهم مراعاة
المماثلة لتفاوتهم في الحذاقة ولو جعل الدبس اجرة في الاجارات
لا يجوز ثم رمز انه يجوز استقراضه وقال فعليه هو مثلي
وبحال انه لا يصح السلم فيها ولا يثبت احد من هذه الاشياء
الثلاثة دينا في الذمة ولو كانت مثليا صح السلم فيها وثبتت
دينا في الذمة وفي الغنا وفي الخل والعصير مثليات وكذا الدقيق
والنخالة والجص والنورة والقطن وغزله والصوف وغزله
والتبن بجميع انواعه والكتان والابريسم والنحاس والصفر
والرصاص والشبه والحديد والحنا والوسمة والرياحين
اليابسة كلها مثلي والجمد مثلي وفي فتاوي رشيد الدين في
موضع انه قيمي وذكر شيخ الاسلام علي الاسبيجابي في شرحه
الصحيح ان النحاس والصفر مثليان والمشمش والخوخ كلها
من ذوات الامثال لانها عددي متقارب كذا في الهداية
والعنب جنس واحد وان اختلفت انواعه واسماؤه وكذا
الزبيب كذا في الخانية في باب الربا والشحم مثلي واللحم مثلي
والتبن من ذوات القيم والغزل مثلي وكذا المصبوغ منه كذا
في القنية وسياتي للشارح ان اللحم قيمي واختلفوا في الماء
قال الخير الرملي في حاشيته على البحر انه مثلي لكن في فتاواه
جعل فيه اختلافا بين الامامين ومحمد حيث قال سئل

في رجل



في رجل يغرف من بئر معينة ما بالات الغرف هل يملكه ويسوغ
له بيعه وهل هو قيمي او مثلي اجاب نعم يملكه ويسوغ له بيعه
وسائر التصرفات الجائزة في المملوكات وما لوجد قيميا او مثليا
اختلفوا فيه رمز في جامع الفصولين للفوائد صاحب المحيط
قائلا انما قيمي عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال رامزا
لمختلفات القاضي ابي القاسم انه مثلي عند ابي [illegible] يوسف
عند ابي حنيفة انه لما لا يكال ولا يوزن قال [illegible] ويبيعونه
لا يباع بعضه ببعض متفاضلا وعن محمد انه مكيل ثم ذكر
رامزا لرشيد الدين انه قيمي عند ابي حنيفة وابي يوسف فعلم
بذلك انه مضمون بالقيمة لا بالمثل انتهى والكاغد مثلي والرمان
والسفرجل والقثاء والقند والبطيخ كلها مما تتفاوت احاده فيكون
من ذوات القيم هندية قلت وفي الذخيرة [illegible]
وبضمينين ونقل قاموس قيمي وفي الضياء مثلي في غيره كالسلم
وذكر في السير الكبير ان من اتلف على اخر جبنه فعليه قيمتها
ولم يجعل الجبن مثليا مع انه موزون لانه متفاوت في نفسه
تفاوتا فاحشا وان اعتبر مثليا في حق جواز السلم كذا
في الذخيرة واللبن من ذوات الامثال واما النهيدي وهو
بالفارسية جغرت ينبغي ان يكون من ذوات القيم لانه
يتفاوت في الحموضة وذكر صدر الاسلام ابو اليسر في شرح
كتاب الغصب ليس كل مكيل مثليا ولا كل موزون واما المثلي
من المكيلات والموزونات ما هو المتقارب فاما ما هو
متفاوت فليس بمثلي ذكره صاحب المحيط في شرح الجامع
الصغير العدديات المتقاربة كلها من ذوات الامثال
كيلا وعددا ووزنا والمتفاوتة كلها من ذوات القيم واما
تفاوت احاده في القيمة فهو عددي متفاوت وما لا تتفاوت

احاده وانما تتفاوت انواعه كالباذنجان فهو متقارب
مثلي فعلى قياس هذا ينبغي ان يكون البصل والثوم مثليين
وصغير البيض وكبيره سوا بعد ان يكون من جنس واحد
كما في العمادية وفي الوقاية ويجب المثل في المثلي كالمكيل والموزون
والعددي المتقارب قال في المنح عن تاج الشريعة اعلم
ان هذه الاقسام الثلاثة مثليات الا ان كثيرا من الموزونات
ليس بمثلي بل هي من ذوات القيم كالقمقمة والقدر ونحوهما قال
فاقول ليس المراد بالوزن مثلا ما يوزن عند البيع بل ما تكون
مقابلته بالثمن مبنيا على الكيل او الوزن او العدد ولا يختلف
بالصنعة فانه اذا قيل هذا الحديد فمن بدرهم او من بدرهم
او عشرة بدرهم انما يقال اذا لم يكن فيه تفاوت فكان مثليا
وانما قلنا ولا يختلف بالصنعة حتى لو اختلف كالقمقمة والقدر
لا يكون مثليا ثم ما لا يختلف بالصنعة اما غير مصنوع
واما مصنوع لا يختلف كالدراهم والدنانير والفلوس وكان ذلك
مثلي واذا عرفت هذا عرفت حكم المذروعات فكل ما يقال
يباع من هذا الثوب ذراع بكذا ولا يقال الا فيما لا تفاوت
فيه وهو ما يجوز فيه السلم فانه يعرف ببيان طوله وعرضه
ورقعته فهو مثلي وقد فصل الفقهاء المثليات وذوات القيم
ولا احتياج الى ذلك بل الضابط ان ما يوجد له مثل في
الاسواق بلا تفاوت يعتد به فهو مثلي وما ليس كذلك
من ذوات القيم لما ذكره [illegible] على هذا اه
وفي المجتبى السويق قيمي لتفاوته بالقلي على النار وقد يكون
من البر ومن الشعير لانه في الاصل البر المقلي او الشعير
المقلي ولهذا كانت العرب تستصحبه في الاسفار
وقيل مثلي وفي الاشباه اللحم قيمي وقدمنا عن القنية الجزم

بكونه

بكونه مثليا فلعل في المسألة روايتين واللحم قيمي ولو كان
نيا اي غير نضيج وفي بيوع فتاوى قاضي خان ظهير الدين
اللحم مضمون بالقيمة في ضمان العدوان اذا كان مطبوخا
بالاجماع وان كان نيا فكذلك هو الصحيح كذا في العمادية
وقدمنا عن القنية ان الشحم والالية قيمي وفي التتمة عن الاسبيجابي
انه اختار ان اللحم من ذوات الامثال والمكيل بالقيمة عند
الانقطاع وكذا فخر الاسلام البزدوي والاجر قيمي قال في [illegible]
وفي كون الاجر واللبن مثليات روايتان عن الامام وفي
حاشيته اي الاشباه من الفن الثاني وفيما يجب التسعير
ذكر انه يضمن بالقيمة [illegible] الصابون لاختلاف
صنعته واحكامه والقدر من الزيت وفي [illegible] ولو كان
سواء ان يتخذ على قالب واحد [illegible]
اه فعلى هذا يقال ان امكنت المماثلة في الصنعة والزهر
والصابون يضمن مثله والا فقيمته [illegible]
ابو رق الاشجار كلها وما لا غد [illegible] انه مثلي
وفيها [illegible] قيمي والمساهد [illegible] والابريسم [illegible]
[illegible] جابرة [illegible] كتاب [illegible] مثلي
لانه يباع وزنا وما يباع وزنا يكون مثليا والصرف [illegible]
وسلك الا [illegible] شرقا [illegible]
قيميا لانه يقطع فكان مما يتحمل فيه التفاوت كالدبس والرب
وفي بعض النسخ والقرمز [illegible] الصاد المهملة
الجلد [illegible] ولعله اراد الا [illegible] حتى يصلح
[illegible] والجلد عليه لانه يرد من الجلد [illegible] في
[illegible] الجلد فارسي معرب فيكون [illegible]
والذهب المتنقش هذا مستغنى عنه بما سبق كما جزم به

لابن الهمام [illegible] في زواهر الجواهر [illegible] في [illegible]

السيد احمد وعد في الهندية الحطب والبسط والحصر والبواري وامثالها
والرياحين الرطبة والبقول والقصب والخشب كلها من ذوات
القيم وكذا الحفنة بفتح الحا المهملة وسكون الفا ملء الكف قاموس
اي مما يكال من المثليات لانها لا تكال واخذ من التعليلات
المراد بها ما دون نصف صاع كما صرح به في باب الربوا وذكر
قاضيخان في اول بيوع شرح الجامع الصغير ان الخبز من ذوات القيم
في ظاهر الرواية كذا في العمادية والعلف الحشيش اذا بلغ نباتها
غايته مثلي وقبلها قيمي كذا في القنية وكذا كل مكيل وموزون مشرف
على الهلاك مضمون بقيمته في ذلك الوقت كسفينة موقورة
قال في الصحاح الوقر بالفتح الثقل في الاذن والوقر بالكسر الحمل
يقال جاء يحمل وقره وقد اوقر بعيره واكثر ما يستعمل الوقر
في حمل البغل والحمار والوسق في حمل البعير وهذه امراة
موقرة بفتح القاف اذا حملت حملا ثقيلا واوقرت النخل اذا كثر
حملها ونخل مواقير قال الشاعر

لانبعث حمولا قد علمت نزاه . كانها بالضحى نخل مواقير

واستوقرت الابل تحملا ثقلا السمن ومن المجاز وقره الدين
كذا في اساس الزمخشري اخذت اي شرعت في الغرق والقى الملاح
لحفظها وحفظ ما فيها من الناس ما فيها من مكيل وموزون
يضمن قيمتهما اي المكيل والموزون المطروحين ساعتئذ ظاهره
يقتضي ان تعتبر قيمتها وقت الرمي في تلك السفينة والاخفا
انه حيث استولى الخوف على من في السفينة من الغرق استحق
الاثقال ولو كانت من انفس البضائع فربما تقوم الشي
حينئذ بعشر قيمته وليراجع هذا الحكم بلا اذن ولا
اتفاق والا فعليه تفصيل سنذكره ان شا الله تعالى اخر
كتاب القسمة كذا في المجتبى سفينة حملت عليها احمال

فاستقرت

فاستقرت السفينة على بعض الجزاير فوضع رجل بعض الاحمال
لتخف السفينة فجا انسان وذهب بالاحمال التي اخرجت هل يضمن
الذي اخرج ضمان هذا على وجهين ان كان لا يخاف الغرق يضمن
لانه صار غاصبا وان خيف الغرق فان ذهب به انسان
قبل ان يامن غرقها يضمن كذا في الظهيرية وسئل ابو حامد عمن
سافر وحمل امتعة على سفينة ليذهب الى بلده فمات ومعه
ابنه فاخرج الابن تلك الامتعة من تلك السفينة الى سفينة
اخرى ليذهب ليسلمها الى سائر الورثة واخذ طريقا يسلكه
الناس غير الطريق التي كان الميت عزم على ان يذهب فيه
فغرقت السفينة ومات الابن وضاعت الامتعة هل يضمن
الابن نصيب سائر الورثة فقال لا وسئل عنها مرة اخرى
فقال ان كان اخرجها الى سفينة اخرى ومضى بها الى مكان
اخر بدون رضى الورثة ضمن كذا في التتارخانية وفي الخيرية
صب رجل ماء في حنطة لرجل فافسدها وزاد في كيلها باعتبار
انتفاخ الحبوب بالماء المصبوب فيه ضمن الصاب قيمتها
التي كانت قبل صبه لا يضمن الصاب مثلها اي ليس له ان
يضمنه طعاما مثله وكذلك لو صب ماء في دهن وزيت لان
الطعام المبتل والدهن الذي صب فيه الماء لا مثل له فيغرم
القيمة ولا يجوز ان يغرم مثل كيله قبل صب الماء لانه ربما يكون
منه غصب متقدم حتى لو غصب ثم صب عليه الماء فعليه
مثله كما في المحيط هذا اذا لم يتقبلها اي الحنطة بعد ما اخذها
فلو اخذها على مالكها ثم نقلها المكان من الامكنة حتى
تحقق الغصب ثم صب الماء فيها بحيث افسدها ضمن
الغاصب المثل ولا يعتبر حينئذ المثل لانه غصبه وهو
اي المغصوب مثلي قال السيد احمد هذا يعني ان المثل يعتبر

البل لانها بعده من التيمم بخلاف ما لو صب الما في الوضع الذي
فيه الحنطة بغير فعل اه ما في الصيرفية قال الشيخ رحمه
ويقال في مسالة صب الما وقد اتلفه وهو مثلي غير مضمون
عليه بالاتلاف والمثلي يضمن بمثله في الذي جعل تضمينه
بالقيمة وما الفرق بين ما ضمنه بالغصب والاتلاف فتامل
والاخير قد قدمه الشارح ايضا من الاشباه فهو تكرار
محض وسيجي ان الخمر يضمن قيمي حكما اذا اتلفه وكان
لذمي اما اذا كان لمسلم فلا ضمان وان وجب رده كما ياتي
للماتن والشارح بعد ما يكون ان مما فيه الغصب غير مضمون
وسيذكر ثمة ان ذلك فيما لو كان المتلف غير الامام او
مامورة والحاصل مما تقدم من عد القيميات والمثليات
كما في الدرر وغيرها ان كل ما اي شي يوجد له مثل في الاسواق
بلا تفاوت يعتد به فهو اي ذلك الشي مثلي وما ليس كذلك
بان لم يوجد له مثل في الاسواق او وجد لكن بتفاوت فاحش
كحبات اللالي فانها وان اتفقت وزنا لكنها تختلف في مقدار
المالية وكحبات البطاطيخ والدبا وهذا فيما تفاوت
حسا وفيه تفاوت معنوي كالسويق والحب المبلول
والصابون فقيمي فليحفظ هذا الضابط لانه لا بد منه
للمفتيه في مواضع متعددة فان ادعى الغاصب هلاكه
اي هلاك المغصوب هذا مرتبط بوجوب رد العين تقديره
ان ادعى المالك الغصب على الغاصب واقر به او برهن
عليه امره القاضي بتسليم العين المغصوبة فان ادعى الغاصب
هلاكه لا يصدقه القاضي وانما وجب رد العين عند بقائها
لانه الموجب الاصلي لما قدمناه من قوله صلى الله عليه وسلم
على اليد ما اخذت حتى ترد وقد قدمنا البحث مستوفى تحت

قوله

قول الماتن ويجب رد عين المغصوب واستد البحث الى الفروع
التي ذكرناها ثمة فقول من قال ان الموجب الاصلي ثم
هو المثل او القيمة كما في رهن الهداية والكافي ويظهر اثر
ذلك في بعض الاحكام واما في الغصب الراجح ان الموجب
الاصلي انما هو رد العين ورد المثل عند كون المغصوب
مثليا ورد القيمة عند كون المغصوب قيميا مخلص خلفا
لانه قاصر على الراجح من القولين فاستفده في المحيط
اذا ندم الغاصب على ما صنع ولم يظفر بالمالك قال
مشايخنا امسك المغصوب الى ان يجيء صاحبه فان انقطع
رجاء مجيء صاحبه تصدق به ان شا والاحسن ان يرفع ذلك
الى الامام فانه اجمل تدبيرا ورايا والاحسن ان لا يفرط عليه
رايه ام وسيل يوسف بن محمد عن غاصب ندم على
ما فعل واراد رد المال الى صاحبه ووقع له الياس عن وجود
صاحبه فتصدق بهذه العين هل يجوز للفقير ان ينتفع بهذه
العين فقال لا يجوز ان يقبله ولا يجوز له الانتفاع وانما يجب
عليه رده الى من دفع اليه قال انما جاب بهذا الجواب
زجرا لهم لئلا يتساهلوا في اموال الناس اما لو سلك الطريقة
في معرفة المالك فلم يجده فيما هو حكم اللقطة قبل ان لم يعجز
الانتفاع به واراد رده الى الغاصب فلم يجد الغاصب
وهذا المعنى يهلك في الصدقة ولا يبقى الى ان يجد الغاصب
او يرجع الى الغاصب كيف يفعل قال يمسكه حتى يملكه حتى اذا
خاف هلاكه باعه وامسك ثمنه حتى يرده الى من دفع اليه العين
كذا في التتارخانية حسب الحال حتى يغلب على
ظنه انه لم المغصوب لو كان باقيا الا انه لم يظهر
لا ظهره الغاصب لان حق المالك باق في العين فلا يعجل القاضي

بالقضاء ولا يقبل قول الغاصب في هلاكه الا اذا غلب على ظنه
صدقه كما اذا ادعى المديون الافلاس وليس لحبسه حد مقدر
بل هو موكول الى راي القاضي بحسب الغريم في الدين وهذا التلوم
اذا لم يرض المغصوب منه بالقضاء بالقيمة له واما اذا رضي
بذلك فانه يقضي ولا يتلوم كما في مسكين وهذا على ما ذكر
في غصب الاصل ان القاضي يتلوم رجاء ان يظهر المغصوب
وذكر في السير ان الغاصب اذا غصب المغصوب فان
القاضي يقضي عليه بالقيمة من غير تلوم فقيل ليس في
المسالة روايتان ولكن ما ذكر في السير جواب الجواز معناه
لو قضى بالقيمة في الحال جاز وما ذكر في الغصب جواب
الاصل يعني الافضل التلوم وقيل في المسالة روايتان
كذا في النهاية ثم اذا لم يظهر قضى الحاكم عليه اي على الغاصب
بالبدل من مثله عند كونه مثليا وقيمته عند كونه قيميا
والاول اولى وقيمته وفي التمرتاشي اقام بينة على انه غصب
منه جارية حبشية حتى يحبس بها فيردها عليه ذكر
ابو اليسر والسرخسي ما ذكر محمد ان هذه الدعوى والبينة
مسموعة عند اصحابنا لان الغصب قد يكون بغتة فلا يمكن
للشهود معرفة صفتها وقيمتها فيسقط اعتبار علمهم
بالاوصاف للتعذر ويثبت بشهادتهم فعل الغصب
وذكر بكر انه لم تثبت هذه البينة في حق القضاء فيثبت
ايجاب الحبس كما في السرقة وفي الاقضية هذا الخلاف اذا
ادعى الجارية قائمة واما اذا قال هي هالكة يشترط
لصحة الدعوى بيان القيمة بالاتفاق وقول محمد
رح حتى يحبس بها فيردها اي اذا عاد البينة على عينها
يعني اذا اختلفا في عينها بعد الاحضار فان قال الغاصب

ماتت

ماتت او ابقت او بعتها او سلمتها ولا قدر عليها فان صدقه
المدعي يقضي عليه بالقيمة اذا اراد المدعي ذلك وان كذبه
يحبس مدة يقع على غالب راي القاضي انه لو كان قادرا
اخرجها ثم يخليه ويقول للمدعي تريد التلوم على ظهور الجارية
او ضمان القيمة فان اراد القيمة واتفقا على شيء يقضي
بتلك القيمة ولو ادعى الغاصب الهلاك اي هلاك المغصوب
عنده خاصمه المالك بعد الرد من الغاصب على مالكه وعكس
المالك اي ادعى المالك الهلاك اي هلاك المغصوب عند
الغاصب وانكر الرد فالقول للمالك كما لو قال اخذت مالك
باذنك وانكر صاحب المال وهذا حيث لا برهان لاحدهما
ولو اقاما البرهان اي اقام المالك بينة انه هلك المغصوب
عند الغاصب وبرهن الغاصب انه هلك عند المالك
فبرهان الغاصب على انه رده على مالكه وهلك المغصوب
عند المالك اولى عند محمد لانها تثبت الرد وهو عارض والبينة
لمن يدعي العوارض خلافا للثاني ملتقى بيعي وعند ابي
يوسف بينة المالك اولى لانها تثبت وجوب الضمان
والاخرى تنكر والبينة للاثبات وهذا لان الغصب قد كان ثابتا
باتفاقهما لكن حاصل الاختلاف بينهما يكون في وجوب
الضمان وعدمه فكانت البينة المثبتة له اولى ولو اقام
الغاصب البينة انه رد الدابة المغصوبة الى المالك وبرهن
انها نفقت من ركوبه وتلفها الغاصب ضمن الغاصب
لانه لا تناقض ولا تنافي بين البينتين لجواز انه ردها
اليه ثم ركبها بعد الرد ونفقت من ركوبه ولو برهن الغاصب
انه ردها ونفقت عنده وبرهن المالك انها نفقت عند
الغاصب ولم يشهدوا انها نفقت من ركوبه لا ضمان عليه

كما في محيط السرخسي ولو شهدوا انه غصب هذا العبد
ومات عنده وشهد شهود الغاصب انه مات في يد مولاه
قبل الغصب لم تقبل هذه الشهادة لان موته في يد مولاه
قبل الغصب لا يتعلق به حكم لانه لا يفيد الرد وانما
يفيد نفي الغصب وبينة المولى تثبت الغصب والضمان
فكانت بينته اولى ولو برهن المالك على ان الغاصب
هدم الدار المغصوبة وبرهن الغاصب انه ردها ثم
انهدمت الدار فبينة المالك اولى كما في الخانية ولو اختلفا
اي الغاصب والمغصوب منه في القيمة اي في قيمة الشيء المغصوب
وقد هلك في يد الغاصب وبرهنا فالبينة للمالك لما فيها
من اثبات الزيادة والقول للغاصب مع يمينه اذ لم يبرهن
المالك لانكاره الزيادة فان اقام الغاصب البينة ان
قيمة ثوبه كانت كذا لم يلتفت الى بينته ولا يسقط
اليمين بها عنه وان لم يكن لواحد منهما البينة واراد رب
الثوب ان يحلف الغاصب على ذلك فقال انا ارد اليمين
على رب الثوب واعطيه ما حلف عليه فليس له ذلك
وكذلك ان رضي رب الثوب بذلك وقال انا احلف
لتراضيهما على ما يخالف حكم الشرع يكون القول له كذا في المحيط
وفي وجيز الكردري فان لم تكن للمالك بينة فاراد
الغاصب ان يبرهن له ذلك برهن المالك فشهد احدهما
ان قيمة الغصب كذا وشهد الآخر على اقرار الغاصب به
لا يقبل اه وقد صحح صاحب النهاية على عدم قبول
بينة الغاصب على القلة كما تقدم عن المحيط خلافا لما
مال اليه في الوجيز فان ظهر فلو قيمته مساوية او اقل
وقد ضمن الغاصب بقوله اخذه المالك ورد بدله واخذ

وان ضمنه بنكوله او بقول مالك وبينته ولو ظفر الغاصب
ولو قيمته اكثر كما في القهستاني وفي المنح تجوز شرائح ثوب
الغاصب والمودع المتعدي اذا قال لا اعرف قيمة المغصوب
بعد هلاكه والمالك يقول قيمته كذا درهما وهو لا يصدقه
ولا يقر بشيء من القيمة ويقول لا اعرف قيمته فانه يحلف على
دعوى المدعي فان لم يحلف يكون حكمه حكم النكول يجبر
عليه بعد العرض ثلاثا اه وفي البحر معزيا الى المحيط ذكر محمد
في الاستحلاف لو قال المغصوب منه كانت قيمة ثوبي مائة
وقال الغاصب ما ادري ما قيمته ولكن علمت ان قيمته
لم تكن مائة فالقول قول الغاصب مع يمينه ويجبر على
البيان لانه اقر بقيمة مجهولة فاذا بين يحلف على ما يدعي
المغصوب منه من زيادة فان حلف يحلف المغصوب منه ايضا
ان قيمة ثوبه مائة ويأخذ من الغاصب مائة فان اخذ ثم
ظهر الثوب كان الغاصب بالخيار ان شاء رضي بالثوب وسلم
القيمة للمغصوب منه وان شاء رد الثوب واخذ القيمة قال
وهذه من خواص هذا الكتاب وغرائب مسائله فيجب
حفظها اه قال في المنح وهذا فيه بين حكم ما اذا حلف
وقد سكت عنه في جواهر الفتاوى فانه بين حكم ما اذا نكل
كما علمت والله تعالى اعلم اه وسيجي في ورق الغصب
متنا وشرحا ولو اختلف الغاصب والمغصوب منه في نفس
المغصوب بان جاء الغاصب بثوب رطب فقال هذا الذي
غصبته وقال رب الثوب كذبت بل هو ثوب هروي ومروي
فالقول للغاصب مع يمينه ويحلف بالله ان هذا ثوبه
الذي غصبته اياه وما غصبته هرويا ولا مرويا فاذا حلف
قضيت لصاحب الثوب بالثوب وبرئت الغاصب من دعوى

رب الثوب وان نكل عن اليمين يقضي عليه بما ادعاه المدعي
فان شا اخذه وان شا تركه وان جا الغاصب بثوب هروية
خلق وقال هذا الذي غصبتك وهو على حاله وقال رب
الثوب بل كان ثوبي جديدا حين غصبته فالقول قول
الغاصب مع يمينه فان برهنا فبينة رب الثوب انه غصبه
جديدا وان لم يقم احدهما بينة وحلف رب الثوب الغاصب
فاخذ رب الثوب الثوب ثم برهن انه غصبه اياه جديدا
ضمن الغاصب فضل ما بينهما هكذا ذكر في الاصل قال
شمس الائمة هذا اذا كان النقصان يسيرا فاذا كان فاحشا
فرب الثوب بالخيار ان شا اخذ الثوب وضمن النقصان
وان شا ترك الثوب عليه وضمنه قيمة ثوبه كذا في المحيط

فروع في الدعوى الواقعة في الغصب واختلاف
الغاصب والمغصوب منه والشهادة في ذلك لو جا المغصوب
منه يدعي جاريته في يد الغاصب وهو ينكر فاقام شاهدين
شهد احدهما انها جاريته اشتراها من فلان وشهد الاخر
انها جاريته ورثها عن ابيه لم يجز وان شهد احدهما بالشرا
من رجل والاخر بالشرا من رجل اخر او بهبة او صدقة لم يجز
الشهادة وان شهدا انها جاريته غصبها اياه هذا وقد باعها
الغاصب من رجل فسلم رب الجارية البيع بعد ذلك قال
يجوز فان كان الغاصب قد قبض الثمن فهلك عنده هلك
من مال رب الجارية وكل ما حدث للجارية عند المشتري
من ولد وكسب او ارش جناية وما شابهها فهو للمشتري
وان لم يسلم البيع واخذها اخذ جميع ذلك معها وان اعتقها
المشتري ولم ينفذ عتقه قبل ان يجيز المالك البيع عندنا
فان اجاز المغصوب منه البيع بعدما اعتق المشتري الجارية

جاز

جاز البيع وفي الاستحسان ينفذ عتقه وهذا قول ابي حنيفة
رحمه الله كذا في المبسوط ولو ان رجلين خاصما رجلا في جارية
فاقام احد المدعيين البينة ان ذا اليد غصب مني هذه الجارية
في وقت كذا وبرهن المدعي الاخر ان هذه الجارية غصبها مني
ذو اليد في وقت كذا لكن وقتا بعد الاول قال هي للثاني
في قياس قول ابي حنيفة وعلى الغاصب قيمتها للاول
وفي قياس قول ابي يوسف الجارية للاول ولا يضمن الغاصب
للثاني شيا كذا في الخانية ادعى على عمرو انه غصب منه جارية
مملوكة له فقال عمرو الجارية التي ادعاها انا اشتريتها منه بمائة
درهم وبرهن قبلت بينة عمرو كذا في جواهر الاخلاطي ادعى
جارية في يد رجل انها له غصبها صاحب اليد منه ولم يشهد
شهود المدعي بالغصب وانما شهدوا له بالملك فاراد القاضي
ان يقضي بالجارية للذي اقام البينة هل يحلف بالله ما بعت
ولا اذنت له فيها قال لا الا ان يدعي صاحب اليد شيا من ذلك
وعن ابي يوسف انه يحلفه وان لم يطلب الخصم ليكون احكم
للقضا وابرم واجمعوا ان من ادعى دينا في التركة فالقاضي
يحلفه مع اقامة البينة انك ما استوفيت الدين ولا ابراته
وان لم يدع الخصم ذلك وهذه المسالة تشهد لابي يوسف رحمه الله
كذا في المحيط ولو غصب من رجل ثوبا فضمن عنه رجل
قيمته واختلفوا في القيمة فقال الكفيل عشرة وقال الغاصب
عشرون وقال المالك ثلاثون فالقول قول الكفيل ولا يصدق
واحد منهما عليه لان المكفول له يدعي على الكفيل زيادة وهو
ينكر والغاصب يقر بزيادة عشرة واقراره يصح في حقه ولا
يصح في حق غيره فتلزمه عشرة اخرى دون الكفيل كذا في محيط
السرخسي ولو اختلف الغاصب والمغصوب منه في غصب او

صفة فالقول قول الغاصب مع يمينه ولو اقر الغاصب في
جميع هذه الوجوه بما ادعى المغصوب منه ثم قال قد رددت
ذلك عليه او رددت ما ادعى من الضياع او قبضته
مني لم يصدق على ذلك والقول قول المغصوب منه انه
لم يقبضه منه ولم يرده عليه مع يمينه الا اذا برهن الغاصب
ولو اقر الغاصب انه غصبه ثوبا صحيحا وهذا مقضي
وان المغصوب منه جنى عليه واحدث ذلك في العيب
بفعله فانه لا يصدق ويضمن ما نقص العيب الثوب
بعد ان يحلف المغصوب منه ما فعل ذلك كذا في السراج
ثوب في يد رجل اقام رجل البينة ان ثوبه غصبه اياه
هذا او ترهن ذو اليد انه وهبه له قال اقضي لذي اليد
وكذلك لو برهن على البيع منه بثمن مسمى او على اقراره انه ثوبه
وان كان في ايديهما جميعا فبرهن كل واحد منهما انه ثوبه
غصبه الاخر اياه قضيت به بينهما نصفين فان برهن
رجل انه ثوبه استودعه الميت الذي هو وارثه وبرهن
الاخر انه ثوبه غصبه الميت اياه قضيت به بينهما وان
جا بالبينة على دراهم بعينها انها ماله غصبها اياه الميت
فهو احق بها من غرما الميت كذا في المبسوط ولو ادعى رجل
ان الثوب له وان صاحب اليد غصبه منه وبرهن على ذلك
وبرهن رجل اخر ان صاحب اليد اقر له بهذا الثوب فانه
يقضي به للذي برهن ان الثوب له كذا في المحيط ولو قال
رجل لاخر غصبتني هذه الجبة المحشوة وقال الغاصب
ما غصبتها ولكن غصبتك الظهارة فالقول قول
الغاصب مع يمينه ثم اذا حلف يضمن قيمة الظهارة كذا
في المبسوط وان قال غصبت منك الجبة ثم قال الحشو لي

او البطانة

او البطانة لي او قال غصبتك الخاتم والفص لي او هذه الدار
والبناء لي او هذه الارض والاشجار لي يصدق في الكل
كذا في الوجيز ولو قال غصبت هذه النقرة من فلان ثم قال
ولدها لي قبل قوله كذا في المحيط ولو برهن المالك ان الغاصب
غصبه يوم النحر بالكوفة وبرهن الغاصب انه يوم النحر
كان بمكة فهو والسيف والضمان واجب على الغاصب كذا
في محيط السرخسي وجد المالك عبده واخذه من المالك
وفي يده مال فقال الغاصب المال مالي وقال مالكه لا بل
هو لي ان كان العبد في منزل الغاصب فوجد المال في يده
فهو للغاصب وان لم يكن في منزله فالمال لمالك العبد
كذا في الوجيز عن ابي يوسف اذا قال غاصب الثوب
صبغت الثوب انا وقال المغصوب منه غصبته مصبوغا
فالقول قول المغصوب منه وعلى هذا اذا اختلفا في
بناء الدار وحلية السيف فان برهنا فالبينة بينة الغاصب
لو اختلفا في متاع موضوع في الدار المغصوبة او في جر
موضوع او في باب موضوع فالقول قول الغاصب والبينة
بينة المغصوب منه رجل غصب عبد رجل وباعه وسلمه
العبد وقبض الثمن ومات العبد في يد المشتري فقال انا
امرته بالبيع فالقول قوله ولو قال لم امره ولكني اجزت
البيع حين علمني لم يلتفت الى قوله ولا سبيل له على الثمن
الا ان يبرهن انه اجاز البيع قبل موت العبد هشام في
نوادره سالت محمدا عن رجل ادعى سمنا وصب لانسان
زيتا او سمنا او شيئا من الادهان او الخل وعاينت البينة
ذلك ويشهد واعلمه يقال الحالف صببته وهو نجس قد
ماتت فيه فارة فالقول قوله قلت له فان ادعى سمنا القصابين

وعدوا الوطوا بين العمر فرحي بها واستهلكها والشهود عاينوا
ذلك فشهدوا عليه فقال الجاني هي ميتة قال لا اصدقه
على ذلك ويسع الشهود ان يشهدوا انها زكية لان
لا يباع في السوق الحرمية ويباع فيه ريث وسمن فقد
ماتت فيه الغارة ابراهيم عن محمد رجل اتخذ من طين
رجل السالو حدا انه قوله وعليه قيمة الطين وان قال
رب الطين انا امرته ان يتخذه قال هو لرب الطين كذا
في المحيط غصب رجل جارية نزاعتها او دبرها واستولدها
ثم اقر انه غصبها من فلان وليس للمدعي بينة ضمن
قيمتها ولا يبطل ما فعل ولا يضمن قيمة الولد فان برهن
المدعي يقضى بها ويبطل ما كان في محيط السرخسي رجل قال
اغتصبنا من فلان الف درهم وكنا عشرة قضي عليه
بجميع الالف كما في التترخانية والغصب انما يتحقق فيما
ينقل لانه ازالة يد المالك باثبات يده وذلك لا يتصور
الا في المنقول دليله مسلم دخل دار الحرب بامان واكتسب
من العروض والعقارات ثم غلب المسلمين على الدار فان
العروض وسائر المنقولات له فاما العقار فهو في للمسلمين
لانه لم يخرج عن ايديهم لما ذكره الفقيه ابو جعفر في فوائده
ثم ان النقل والتحويل قيل هما واحد وقيل التحويل النقل
من مكان والاثبات في مكان اخر والنقل يشمل عليه بدون
الاثبات وفي هذه اختيار ومن يحقق الغصب فيما لا ينقل
مقيد بما اذا لم يتصرف فيه تصرف الملاك فان تصرف قبل
يكون غاصبا بدون النقل نقله في الشرنبلالية عن الذخيرة
فلو اخذ عقارا وهو الضيعة وقيل كلما كان له اصل كالدار
كما في المغرب وفي المصباح العقار مثل سلام كل ملك ثابت

ذا اصل

له اصل كالدار والنخل قال بعضهم وربما اطلق على المتاع
والجمع عقارات وهلاك ذلك المغصوب في يده بافة
سماوية كغلبة سيل على ارض فبقيت تحت الماء او ازال بناء الدار
او تهدمت بافة ذكره المقدسي قال الحموي وفيه نظر
لان هدم الدار العرصة ولا هلاك لها بازالة البناء قلت
هو هلاك نسبي لا من كل وجه لم يضمن خلافا لمحمد
وزفر والشافعي فقالوا يضمن وهو قول ابي يوسف
اولا لان الغصب يتحقق بوصفين باثبات اليد العادية
وازالة اليد المحقة وذلك ممكن في العقار لان ثبات اليدين
المتنافيتين على شيء واحد محال فيتعذر جمعهما
فيه فاذا ثبتت اليد العادية للغاصب انتفت اليد المحقة
للمالك بالضرورة وهذا لان اليد ليست هي الا عبارة عن القدرة
على التصرف وعدم اليد عبارة عن عدم القدرة على التصرف
فكانت في يد الغاصب ضرورة ومن ضرورتها انتفاء
يد المالك فيضمن به كما يضمن المنقول بذلك وكما يضمن
العقار المودع بالجحود وبالاقرار به لغير المالك وبالرجوع
عن الشهادة بعد القضاء وقوله صلى الله عليه وسلم من غصب
شبرا من ارض طوقه الله تعالى يوم القيامة من سبع ارضين
نص على انه يتحقق فيه الغصب ويعولون في قول محمد قالت
الثلاثة يعني مالكا والشافعي واحمد ولنا ان الغصب
تصرف في المغصوب باثبات يده وازالة يد المالك
ولا يكون ذلك الا بالنقل والعقار لا يمكن نقله واقصى
ما يمكن فيه اخراج المالك عنه وذلك تصرف في المالك
لا في العقار فلا يوجب ضمانه كما اذا بعد المالك عن
المواشي على ما بينا بخلاف المنقول ومسالة الوديعة

على الخلاف في الاصح فلا تلزم ولئن سلم فالضمان فيها بترك
الحفظ الملتزم بالجحود والشهود انما يضمنون العقار
بالرجوع لانه ضمان اتلاف لا ضمان غصب حتى لو اقام
الشاهد البينة ان ذلك العقار له لا تقبل بينته ولو كان
غصبا لقبلت والعقار يضمن بالاتلاف والمذكور في الحديث
الجزاء في الآخرة وكلامنا في الضمان في الدنيا وهو دليل على ان
المذكور جميع جزائه ولو كان موجبا للضمان لبينه لان الحاجة
الماسة وزيادة الضمان عليه يكون نسخا ولا يجوز ذلك
بالرأي على ما عرف في موضعه واطلاق لفظ الغصب عليه
لا يدل على تحقق غصب موجب للضمان كاطلاق لفظ البيع
على بيع الحر في قوله صلى الله عليه وسلم من باع حرا الحديث
لا يدل على تحقق بيع الحر وهذا لما عرف ان في لسان الشرع
حقيقة ومجازا وعلى هذا الخلاف لو باع العقار بعد الغصب
واقر الغاصب بذلك وكذبه المشتري او باعه من غير غصب
واقر بذلك وكذبه المشتري لا يقبل اقراره في حق المشتري
لانه ملكه ظاهرا ولا يضمن البائع عندهما لانه لم يتلفه
وانما التلف مضاف الى عجز المالك عن اقامة البينة زيلعي
وبه اي بقول محمد يفتى في الوقف اي لو غصب رجل عقارا
موقوفا وعليه سيل بحيث لا ينتفع بالموقوف فانه
يضمن الغاصب لان الوقف لا يملك بقرينة ما يأتي
عن ظهير الدين ذكره العيني وذكر ظهير الدين في فتاواه
الفتوى في غصب العقار والدور الموقوفة وهذا راجع
الى كل من العقار والدور وكان الاولى الموقوفين لان
العطف بالواو لا اذا جعل بمعنى او بالضمان ونقل
القنا عن الكمال قال الفتوى في ضمان العقار في ثلاثة

اشيا العقار الموقوف وفي عقار اليتيم وفي العقار المعد للاستغلال
هذا ما رأيت عليه ابن نجيم اه وذكر ظهير الدين ايضا ان
الفتوى في غصب منافع الوقف بالضمان كما يفتى في تحقق
الغصب في العقار في الوقف لان المفتي ينظر في ما هو الانفع
للوقف فيفتي به كذلك يفتى في ضمان غصب منافع
الوقف وان كانت منافع المغصوب لا تضمن رعاية لجانب
الوقف وقد مرت هذه المسألة متنا في كتاب الاجارة و
سيوردها الماتن والشارح تحقيقا اكثر في الغصب
الاتي وفي فوائد صاحب المحيط اشترى دارا وسكنها ثم
ظهر ان الدار المشتراة بعد سكونه وقفا او ان المشتري
كانت ملكا للصغير باع من لا ولاية له عليه لزمه اجر مثله
خلافا لما صححه في العمدة ومشى عليه في القنية وان افتى به
في الاسمعيلية فانه ضعيف كما في وقف البحر وفي القنية
من موضع اخر ادعى اليتيم منزلا وقفا في يد رجل فجحد فاقام
البينة عليه وحكم بالوقفية لا يجب عليه اجر ما مضى اما
اذا اقر وكان متعنتا في الانكار وجبت الاجرة اه وفي الاختيار
باع المتولي منزل الوقف فسكنه المشتري وجب اجر المثل
قال الحموي وهو مبني على تصحيح المحيط وهو الذي ينبغي اعتماده
وقال الشيخ شرف الدين وهو ايضا كما في التجنيس والمزيد
قلت وهو ما اعتمده في وقف البحر ومشى عليه الشارح هناك
في موضعين وافتى به في الخيرية وغيرها فلينظر ضمانه
لمال الوقف ومال الصغير وذلك لان كلا من الصغير
والوقف لا ينتصر بنفسه ولا ناصر له الا الله فيدافع عنه
حسب الوسع وينبغي ما هو انفع له وفي اجارة الفيض
للشيخ ابرهيم الكركي مما لا يتحقق الغصب عندهما اي عند

ابي حنيفة وابي يوسف رح في العقار في حكم الضمان فقط اما فيما وراء
ذلك فيتحقق يشكل عليه ما في الفصولين ادعى دارا بيد آخر
انه غصبه منه فقال ذو اليد هو كان لي وغصبته على كذا
واراد تحليفه يحلف عند محمد خلافا لهما بناء على ان غصب
الدار يتحقق عند محمد خلافا لهما ويفتي به بقوله في غصب
العقار انه يتحقق اهـ الا ترى انه اي الغصب يتحقق في وجوب
الرد على المالك فكذا يتحقق الغصب في استحقاق الاجرة قال
السيد احمد افاد بذلك انه اذا سكن العقار وجبت اجرته
وان لم يكن وقفا ولا معدا للاستغلال ولا ليتيم اهـ وسائر
ان منافعه لا تضمن الا في هذه الثلاثة وقال الشيخ رحمتي
قوله فكذا الخ هو مشكل لان منافع الوقف غير مضمونة فيما يتحقق
فيه الغصب فكيف تضمن الاجرة في العقار فان قوله فيما ورا
الخ يشعر ان استحقاق الاجرة من احكام الغصب تامل قال
الشامي وكانهم ظنوا وجوب الاجر عليه بسكناه وليس كذلك
بل المراد انه لو اجره الغاصب فالاجر المسمى يستحقه العاقد
وان كان لا يطيب له بل يتصدق به او يرده على المالك ويبقى
يصح حمله على ما ظنوا مع مناقضته لصدر العبارة لان
وجوب الاجر عليه ضمان ووجه تحقق الغصب فيه انه
لو لم يتحقق لكان المستحق للاجرة المالك لا الغاصب اهـ فليحفظ
وقيل قائله الاستروشني صاحب الفصول وعماد الدين في
فصوليهما والاصح اي على قول الامام وابي يوسف فيكون
موافقا لقول محمد وصحح في الهداية ان مسالة البيع والتسليم
على الخلاف في الغصب واحترز به عن قول بعضهم انها بالاتفاق
اتفاقي انه اي العقار المغصوب ولو غير وقف يضمن بالبيع
والتسليم لان البيع والتسليم استهلاك خانية وكذا بالجحود

في

في العقار والوديعة لا حاجة الى زيادة العقار والوديعة
تقدم حكمها وانما الكلام في العقار اذا كانت وديعة فجحده
كان ضامنا بالاتفاق كما في منح مع ما قدمناه عن الزيلعي
ان مسالة الوديعة على الخلاف في الاصح وبه يشعر
انها على الاتفاق فالضمان فيها بترك الحفظ منتزع بالجحود
والشهود انما يضمنون العقار بالرجوع لانه ضمان
اتلاف لا ضمان غصب كما في التبيين ويضمن العقار
بالرجوع عن الشهادة بما لو تفهاتا بان شهدا على رجل
بالدار ثم رجعا بعدما قضى القاضي فانهما يضمنان
لكن قدمنا عن الزيلعي بان الشهود انما يضمنونه بالرجوع
لكونه ضمان اتلاف لا ضمان غصب حتى لو قام الشاهد
بينة ان العقار له لا تقبل بينته ولو كان غصبا لقبلت
والعقار يضمن بالاتلاف وفي الاشباه العقار لا يضمن
الا في مسائل وعد هذه الثلاثة المسائل قال الشيخ
الرحمتي حاصله انه نقلها عن الفصولين وقرر
ما في المتون والشرح مقدم اهـ وقال السيد احمد ولعله
في هذه الثلاثة من حيث كونه اتلافا لا من حيث كونه غصبا
كما افاده تعليلهم وزاد في الدر منتقى الوقف ومال اليتيم
والمعد للاستغلال قال فهي ستة اهـ واذا نقص العقار
بسبب سكناه او بسبب زراعته ضمن الغاصب النقصان
بالاجماع والفرق لهما انه اتلف بفعله والعقار يضمن بالاتلاف
ولا يشترط لضمان الاتلاف ان يكون في يده الا ترى ان الحر يضمن
به بخلاف ضمان الغصب حيث لا يضمن الا بالحصول في اليد
وعلى هذا لو ركب دابة الغير بغير اذنه ولم يسيرها حتى نزل ثم
هلكت لم يضمن لعدم النقل وان تلفت بركوبه يضمن لوجوه

الاتلاف بفعله وهو نظير ما لو قعد على بساط الغير بغير
اذنه واختلفوا في تفسير النقصان فقال نصير بن يحيى
انه ينظر بكم تستاجر هذه الارض قبل الاستعمال وبكم
تستاجر بعده فيضمن ما بينهما من النقصان وقال محمد بن سلمة
يعتبر ذلك بالشرا يعني انه ينظر بكم تباع قبل الاستعمال
وبكم تباع بعده فنقصانها ما تفاوت من ذلك فيضمنه
وهو الاقيس لان العبرة لقيمة العين دون المنفعة
وذكر في النهاية ان محمد بن سلمة رجع الى قول نصير قال
شمس الائمة وصوابه قول نصير اقرب الى الصواب وبه
يفتى كما في الكبرى فيعطي هذا التفريع على محذوف
يدل عليه سياق الكلام تقديره فمن غصب ارضا وزرعها
حنطة فاختصما وهي بذر لم ينبت بعد فصاحب
الارض بالخيار ان شاء تركها حتى تنبت ثم يقول له اقلع
زرعك وان ابى رب الارض وطالب بالرد فيعطي رب
الارض للغاصب ما زاد البذر فانه اختار رب الارض اذا
الضمان كيف يضمن والمختار انه يضمن قيمته بذره مبذورا
في ارض غيره وهو ان يقوم الارض مبذورا لبذر لغيره بحق
القلع اذا نبت وغير مبذورة فيفضل ما بينهما قيمة بذره
مبذورا في ارض غيره كذا في الظهيرية وصححه في المجتبى
ويروى عن الثاني وهو ابو يوسف انه يعطيه مثل بذره
وفي الظهيرية هو اي قول ابي يوسف المختار ولو غصب
ارضا وزرعها ونبت كان له اي لصاحبها قلعه وفي الذخيرة
فلصاحبها ان ياخذ الارض ويامر الغاصب بقلع الزرع
تفريغا لملكه فان ابى ان يفعل فللمغصوب منه
ان يفعله بنفسه فان لم يحضر المالك حتى ادرك الزرع

فالزرع

فالزرع للغاصب وهذا معروف وللمالك ان يرجع على
الغاصب بنقصان الارض على التفسير المتقدم لكن
قال الزيلعي ثم ياخذ الغاصب راس ماله وهو البذر
وما غرم من النقصان وما انفق على الزرع ويتصدق
بالفضل عند ابي حنيفة ومحمد حتى اذا غصب ارضا
فزرعها كرين فاخرجت ثمانية اكرار ولحقه من المؤنة قدر
كر ونقصها قدر كر فانه ياخذ منه اربعة اكرار ويتصدق
بالباقي وقال ابو يوسف لا يتصدق بشيء لان الزيادة حصلت
في ضمانه وملكه لان ما ضمن من المنافع يملكه باداء الضمان
والمضمونات تملك باداء الضمان عندنا مستندا الى وقت وجود
السبب وهو الغصب هنا فتبين انه حدث في ملكه اذ
الخراج بالضمان بخلاف ما اذا لم ينقصها لانعدام ملك لعدم
الضمان وهذا لانه يجب عليه ضمان كله فاذا ضمن كله ملك
كله وكذا البعض ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف
في ملك الغير فيكون سبيله التصدق اذ لو يحصل على
وفق الاصل فصار كما اذا لم ينقص بالاستعمال ولان
الملك المستند ثابت من وجه دون وجه فكان ناقصا
فلا يظهر في حق انعدام الخبث زيلعي رجل القى بذرا في ارض
نفسه فجاء اخر والقى بذره في تلك الارض وقلب الارض
قبل ان ينبت بذر صاحب الارض او لم يقلب وسقى الارض
حتى نبت البذر فالنبات للثاني عند ابي حنيفة لان خرج
جنس بجنس عنده استهلاك وللاول على الثاني قيمة بذره
لكن مبذورا في ارض نفسه فتقوم الارض ولا بذر فيها وتقوم
وفيها بذر فيرجع بفضل ما بينهما فان كان صاحب البذر الاول
وهو صاحب الارض والقى البذر نفسه مرة اخرى وقلب الارض

قبل ان ينبت البذر ولم يقلب وسقى الارض فنبت البذور
كلها فجميع ما نبت لصاحب الارض وعليه للغاصب مثل بذره
مبذورا في ارض غيره هكذا ذكر في فتاوى الفضلي ورشيد
الجواب والجواب المتبع ان الغاصب يضمن لصاحب
الارض قيمة بذره مبذورا في ارض نفسه ثم يضمن صاحب
الارض للغاصب قيمة البذر مبذورا في ارض الغير لان
الاتلاف كذلك ورد هذا كله اذا لم يكن الزرع ثابتا فاما
اذا نبت زرع المالك فجاء رجل والقى بذره وسقى فان لم
يقلب حتى نبت الثاني فالجواب كما قلنا وان قلب
فان كان الزرع النابت اذا قلب نبت مرة اخرى فالجواب
كما قلنا وان كان لا ينبت مرة اخرى فما نبت فهو للغاصب
ويضمن المالك للغاصب قيمة زرعه نابتا لان الاتلاف
كذا ورد كذا في الذخيرة سئل نصير عمن زرع ارض نفسه
برا فجاء آخر فزرعها شعيرا قال على صاحب الشعير قيمة
بره مبذورا روى ذلك محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن
قال الفقيه ابو الليث هذا اذا رضي صاحب البر بنفسه
بره مبذورا فاما اذا لم يرض بذلك فهو بالخيار ان شاء
تركه حتى نبت فاذا نبت يأخذه بالقلع وان شاء ابرأه
عن الضمان فاذا استحصد الزرع وحصده فهو بينهما
على مقدار نصيبهما كذا في الظهيرية وسئل صاحب المحيط
عمن غصب ارضا وزرع فيها القطن فانتزع المالك
الارض وزرعها شيئا آخر هل يضمن المالك للغاصب
شيئا اجاب لا يضمن لانه فعل فعلا لو رفع الى
القاضي لفعل ذلك كما في الفصول العمادية الكرخي
القطن في ارض الغير غصبا ونبت فرباه مالك الارض

فالجوزقة

فالجوزقة للغاصب وعليه نقصان الارض ولا يكون
تعهده رضى به الا اذا ظهر انه تعهده للغاصب كذا في
القنية وفي الفتاوى زرع ارضا مشتركة بينه وبين
غيره هل للشريك ان يطالبه بان يزرع او بالثلث بحصة
نفسه من الارض كما هو عرف ذلك المواضع اجيب
انه لا يملك ذلك ولكن يغرمه نقصان نصيبه من الارض
ان دخل فيها النقصان كذا في الناصري والثلاثين من العارية
ارض بين رجلين زرعها كلها احدهما بغير امر الشريك
قال محمد ان كان الزرع قد طلع فتراضيا ان يعطي الذي
لم يزرع الزرع نصف بذره ويكون الزرع نصفان
جاز وان لم يتراضيا كذلك ولم ينبت الزرع بعد او نبت فان
كان الزرع قد نبت فاراد الذي لم يزرع ان يقلع الزرع فان
الارض يقسم بينهما نصفين فما اصاب الذي لم يزرع
من الارض قلع ما فيها من الزرع ويضمن الزارع له ما دخل
ارضه من نقصان القلع كذا في الخانية وعن محمد في رجلين
بينهما ارض فغاب احدهما فللشريك ان يزرع نصف الارض
ولو اراد في العام الثاني ان يزرع زرع النصف الذي كان
زرع كذا ذكرها هنا والفتوى على انه ان علم ان الزرع ينفع
الارض ولا ينقصها له ان يزرع كلها واذا حضر الغائب
فله ان ينتفع بكل الارض مثل تلك المدة لان رضى الغائب
في مثل هذا دلالة ثابت وان علم ان الزرع ينقصها وتركها
ينفعها ويزيدها قوة فليس للحاضر ان يزرع فيها شيئا
لان الرضا غير ثابت كذا في الظهيرية واستحق حرث مرج
عمن زرع ارض غيره بغير امره فقال مالك الارض اذا انا
زرعت فقال الزارع ادفع الي ما بذرت واكون لك اكار

والزرع بيننا كما هو الربع فدفع اليه مثل ذلك البذر وادرك
الزرع يكون بينهما ام يكون لاحدهما اجاب يكون
الكل لصاحب الارض وللزارع اجر مثله كذا في العمادية
وسئل شيخ الاسلام عطا بن حمزة عمن زرع ارض
انسان ببذر نفسه بغير اذن صاحب الارض هل
لصاحب الارض ان يطالبه بحصة الارض قال نعم ان جرى
العرف في تلك القرية انهم يزرعون الارض بثلث الخارج
او ربعه او نصفه او بشيء مقدر شائع يجب ذلك القدر
الذي جرى به العرف وقيل له فيه رواية قال نعم في اخر
المزارعة وسئل ابو جعفر عمن دفع كرما معاملة
فاثمر الكرم وكان الدافع اهل داره يدخلون الكرم وياكلون
ويحملون منه والعامل لا يدخل الا قليلا هل على الدافع
ضمان قال ان اكلوا وحملوا بغير اذن الدافع فلا ضمان عليه
والضمان على الذين اكلوا وحملوا فان كانوا ممن تجب
نفقتهم عليه فهو ضامن نصيب العامل وصار كانه
هو الذي اكل وان كانوا اخذوا باذنه وهم ممن لا تلزمه
نفقتهم فلا ضمان عليه فصار كانه دل على سرقة المال
الغير كذا في الظهيرية وتمامه في المجتبى كما يضمن
اتفاقا في النقلي اذا غصبه ما نقص بفعله قال
مسكين كما يضمن النقصان في النقلي المغصوب اذا انتقص
عند الغاصب سواء كان بفعله او بغير فعله كالعور
والشلل وذهاب السمع والبصر اه فالتقييد بفعله
ليس على ما ينبغي نعم لو حصل النقص بفعل
الغاصب فانه لا يضمن قال في التترخانية غصب
ثوب انسان فلبسه فجاء رب الثوب ثم دنوبه والغاصب

لم يعلم

لم يعلم انه صاحب الثوب فتخرق الثوب لا ضمان على
الغاصب اه ولو قال صاحب الثوب رد علي ثوبي فمنعه
فمده مدا لا يمد مثله من شدته فتخرق لا ضمان على الغاصب
ايضا ولو مده كما يمد الناس عادة فتخرق فعليه ضمان الغاصب
نصف القيمة ولو كان الثوب ملكا لمن لبسه فمده
انسان مدا لا يمد مثله او يمد مثله فتخرق فعلى الماد
جميع القيمة كما في العمادية وقال القدوري في كتابه
غصب من اخر عبدا او جارية فابق في يد الغاصب
ولم يكن ابق قبل ذلك الوقت او زنت او سرقت ولم تكن
فعلت ذلك قبله فعلى الغاصب ما انتقص بسبب السرقة
والاباق وعيب الزنا وكذلك ما حدث في يد الغاصب
مما ينقص به القيمة من عور او شلل او ما اشبه ذلك
كان مضمونا عليه فيقوم العبد صحيحا ويقوم وبه
العيب فياخذه ويرجع بفضل ما بينهما كذا في المحيط اذا غصب
جارية وزنا بها ثم ماتت يضمن قيمتها ولا حد عليه عندهم
جميعا لان ضمان الغصب يفيد الملك في المغصوب
من وقت الغصب اما لو زنا بها ثم غصبها وماتت ضمن
قيمتها على قول ابي حنيفة ومحمد لا يسقط الحد وعلى قول
قول ابي يوسف يسقط كذا في التترخانية ولو حمت في
يد الغاصب او ابيضت عينها فاخذها ورد ضمان النقصان
ثم ذهب الحمى والبياض يرد المولى ما اخذ من ضمان النقصان
كذا في محيط السرخسي وان حبلت في يد الغاصب من الزنا
اخذها المالك ونقصان ذلك قال ابو يوسف ينظر الى ما
نقصها الحبل والى ارش عيب الزنا فيضمن الاكثر ويدخل
فيه الاقل وهو استحسان وعند محمد يضمن الامرين جميعا

وهو القياس فان حبلت من الزنا فولدت زال عيب الحبل
بالولادة وبقي عيب الزنا فان كان عيب الزنا اكثر من عيب
الحبل وقد غرم الغاصب عيب الحبل وجب عليه ان يتم
ضمان عيب الزنا وان كان عيب الحبل اكثر فقدر عيب
الزنا مستحق وما زاد عليه زال بزوال الحبل فيجب رده على
الغاصب ولو ردها على مالكها حاملا فماتت عنده من
الولادة وبقي ولدها ضمن جميع قيمتها يوم الغصب ولا يجبر
النقصان بالولد عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن الا ما نقصها
الحبل ولو مات الولد ردها ورد معها ما نقصها الولادة ولا
شيء عليه بموت الولد ولو ماتت الام وولدها في يد
الغاصب قال ابو يوسف يضمن قيمة الام يوم قبضها
ولم يضمن قيمة الولد كذا في السراج واذا ابق العبد المغصوب
من يد الغاصب فالمالك بالخيار ان شاء انتظر الى ظهور
عبده فيأخذه وان شاء لم ينتظر وضمن الغاصب قيمته
فلو ظهر بعد ذلك فانه ينظر ان اخذ صاحبه القيمة
التي سماها ورضي به اما بتصادقهما عليه واما بقيام البينة
او بنكول الغاصب عن اليمين فلا سبيل له على العبد عندنا
ولو اخذ القيمة بقول الغاصب ويمينه على ما يدعيه
المالك من الزيادة فان المالك بالخيار ان شاء حبس القيمة
ورضي بها وسلم العبد الى الغاصب وان شاء رد القيمة
التي اخذها واسترد العبد وللغاصب ان يحبس العبد
حتى يأخذ القيمة ولو مات العبد عند الغاصب قبل
رد القيمة عليه فلا يرد القيمة ولكن يأخذ من الغاصب
فضل القيمة ان كان في قيمة العبد فضل على ما اخذ وان لم
يكن فيها فضل فلا شيء له سوى القيمة المأخوذة وروي
عن

عن ابي يوسف انه قال ان ظهر العبد وقيمته مثل ما قال
الغاصب فلا خيار للمغصوب منه ولا سبيل له على العبد وفي
ظاهر الرواية له الخيار من غير تفصيل كذا في شرح الطحاوي
ولو قتل العبد المغصوب في يد الغاصب قتيلا خطأ او عمدا
او جنى جناية فيما دون النفس يخير المولى بين الدفع
والفداء ويرجع على الغاصب بالاقل من قيمته ومن ارش
الجناية وان استهلك العبد المغصوب مالا او خوطب
المولى بالبيع او الفداء رجع بالاقل من قيمته ومما ادى عنه
من الدين وان غصبه وقيمته الف درهم فصار بعد ذلك
قيمته الفي درهم ثم قتله قاتل في يد الغاصب فالمولى
بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب الف
درهم ويرجع الغاصب على عاقلة القاتل بالفي درهم
ويتصدق بالالف الزائدة ولو قتل العبد نفسه في هذه
الصورة ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب الف درهم
ولا يضمن قيمته يوم القتل كذا في المحيط ولو ابق العبد من
يد الغاصب فالجعل على المولى عند ابي يوسف ولا يرجع به على
الغاصب ويرجع عليه بما نقصه الاباق اذا لم يكن ابق قبل
ذلك وقال محمد رحـ يرجع المولى بالجعل على الغاصب كذا
في الينابيع قال الزيلعي ثم انما يضمن الغاصب النقصان
اذا كان النقصان في العين وكان غير ربوي لانه دخل
جميع اجزائه في ضمانه فيجب عليه ضمان قيمة ما تعذر
رده من اجزائه كلا وبعضا بخلاف المبيع حيث لا يوجب
النقصان الحادث فيه قبل القبض الا الخيار ولا يوجب
حط شيء من الثمن لان الاوصاف لا تضمن بالعقد وتضمن
بالفعل وان كان لتراجع السعر لا يضمن بعد ان رده في مكان

المغصوب لان ذلك لقلة الرغبات فيه لا للنقصان في
العين بفوت الجزء وان كان ربويا لا يمكنه ان يضمنه ثم
النقصان مع استرداد العين لانه يؤدي الى الربوا لان الجودة
لا قيمة لها في الاموال الربوية ولكنه يخير بين ان ياخذه
ولا شي له وبين ان يتركه على الغاصب ويضمنه مثله
من جنسه او قيمته من خلاف جنسه اهـ كما في قطع
الاشجار فانه يضمنها اتفاقا قال الدر قاله السيد حمد الاولى
انه يضمن العقار اذا تعدى بذلك كما يضمنه بالاتلاف
في قطع الاشجار وهدم البنا حتى ولو قطع اشجار
الاشجار من الارض التي غصبها زيد الاجنبي رجل اخر
كعمرو او هدم عمرو البنا من الدار التي غصبها زيد ضمن هو
اي القاطع والهادم وهو عمرو وفيما مثلناه لا الغاصب
وهو زيد لان عمرو مباشر والغاصب متسبب واذا اجتمع
المباشر والمتسبب ضمن المباشر قال في الهندية اما اذا كان
المغصوب غير منقول كالدور والعقار والحوانيت فانهدم
بآفة سماوية او جا سيل فذهب بالبنا والاشجار او
غلب سيل على الارض فتلفت وبقيت تحت الما فلا ضمان
عليه عند الامام وابي يوسف كذا في شرح الطحاوي وان
حدثت هذه الاشيا بفعل احد من الناس فضمانه على المتلف
عندهما وان بفعل الغاصب وسكناه فالضمان عليه
بالاجماع اهـ ونقل عن الخلاصة لو نقص المغصوب
في يد الغاصب ضمن الغاصب النقصان ويرده على
المغصوب منه مع ضمان النقصان الا ان يكون النقصان
بجناية غير الغاصب فالمالك بالخيار ان شا ضمن الغاصب
ويرجع على الجاني وان شا ضمن الجاني ولا يرجع اهـ تنبيه

قال

قال العلامة مسكين النقصان انواع اربعة بتراجع السعر
وبفوات اجزاء العين وبفوات وصف مرغوب فيه كالسمع
والبصر واليد والاذن في العبد والصياغة في الذهب
واليبس في الحنطة وبفوات معنى مرغوب فيه فالاول
لا يوجب الضمان في جميع الاحوال والثالث يوجب الضمان
في غير مال الربا نحو ان يغصب حنطة فعفنت عنده او انا
فضة فهشم في يده فصاحبه بالخيار ان شا اخذ ذلك
بعينه ولا شي له غيره وان شا تركه وضمنه مثله تفاديا
عن الربا والرابع وهو فوات المعنى المرغوب فيه في العين
كالعبد المحترف اذا نسي الحرفة في يد الغاصب او كان شابا
فشاخ في يده يوجب الضمان ايضا هذا اذا كان النقصان
قليلا اما اذا كان كثيرا فيخير المالك بين اخذه وتركه مع اخذ
جميع قيمته وسيعرف الحد الفاصل بينهما من مسالة الخرق اليسير
والفاحش اهـ رجل حمل على ظهر دابة انسان بغير اذنه
حتى تورم ظهر الدابة فشقها صاحبها قال الفقيه ابو الليث
ينظر ان اندمل لا ضمان عليه وان بقي الاثر ضمن فان كان من الشق
فكذلك وان كان من الورم يضمن الغاصب وكذا اذا ماتت
وان اختلفا فالقول قول الذي استعمل الدابة مع يمينه
انه حلف برئ عن ضمان الدابة كذا في الخانية والعبد المغصوب
اذا مات في يد الغاصب واقر الغاصب انه غصبه من فلان
يؤمر بتسليم القيمة الى المقر له فان جا رجل اخر واقام البينة
انه عبده وغصبه منه كان القاضي يقضي بالقيمة لصاحب
البينة فان قضى بالقيمة لصاحب البينة فاخذها لا شي
للمقر له على الغاصب فان وصلت تلك القيمة بعينها الى
الغاصب من جهة المقضي له بالهبة او بالارث او بالوصية

او بالمبايعة يوم يردها الى المنزل ولو وصل الى الغاصب الف
اخر من المقتضي له سوى المأخوذ منه فانه وصل بالهبة او
بالمبايعة لا يبرأ كذا في الذخيرة ادخل بساطا له في
المسجد بغير اذن خادمه واخذ مفتاحه وجلس فافسد
بسط المسجد يضمن كذا في القنية غصب العبد
المديون ومات عنده فلارباب الديون مطالبته بالقيمة
كما في القنية غصب عبدا فشده بحبل فقتل العبد نفسه
او مات حتف انفه ضمن الغاصب لانه في ضمانه كذا في
الفتاوى الكبرى رجل بعث غلاما صغيرا في حاجة له
بغير اذن الغلام فرأى الغلام غلمانا يلعبون فانتهى اليهم
وارتقى سطح بيت فوقع ومات ضمن الذي بعثه في
حاجته لانه صار غاصبا بالاستعمال كما في الخانية وسئل
شمس الائمة عمن يستعمل عبد الغير او جارية الغير فابق
في حالة الاستعمال قال فهو ضامن بمنزلة المغصوب اذا
ابق من يد الغاصب ومن استعمل عبدا مشتركا او حمارا
مشتركا بينه وبين غيره بغير اذن شريكه يصير غاصبا
نصيب شريكه في اجناس الناطفي في استعمال العبد المشترك
بغير اذن شريكه روايتان في رواية هشام انه يصير غاصبا
وفي رواية ابن سماعة عنه انه لا يصير غاصبا وفي الدابة
يصير غاصبا في الروايتين ركوبا وحملا ورد في زماننا
من بعض البلدان فتوى وصورتها رجل كان يكسر الحطب
فجاء غلام رجل وقال اعطني القدوم والحطب حتى اكسر
انا فاعطى صاحب الحطب ذلك فاخذ الغلام القدوم منه
واخذ الحطب وكسر بعضه وقال ائت باخر فاتى صاحب
الحطب بحطب اخر فكسره الغلام فاصاب بعض ما تكسر من

الحطب

الحطب عين الغلام وذهبت عينه فاستفتى مشايخ بخارى
على انه لا يكون على صاحب الحطب شيء كذا في الظهيرية احد
احد الشريكين حمار صاحبه الخاص وطحن به بغير اذنه
واكل الحمار الحنطة في الرحى ومات لم يضمن لوجود الاذن في ذلك
دلالة قال فلم يجعل ذلك لاعتقادنا العرف بخلافه
لكن عرف جوابه هذا انه لا يضمن فيما يوجد فيه الاذن
دلالة وان لم يوجد صريحا حتى لو فعل الاب بحمار ولده ذلك
او على العكس او احد الزوجين بحمار الاخر ومات لا يضمن
للاذن دلالة ولو ارسل جارية زوجته في شأن نفسه بغير
اذنها وابقت لا يضمن كذا في القنية كما لو غصب رجل
عبد الغير واجره على شخص فنقص العبد في مدة الاجارة
بالاستعمال فان الغاصب يضمن نقصانه وهذا اي قوله
كما لو غصب الخ ساقط من نسخ الشرح يعني المنح لدخوله
اي باعتبار الايجار فقط تحت قوله ايضا المار وان استغله
اي استغل الغاصب المغصوب فنقصه الاستعمال فبانتقاص
هذا التقدير الذي قدره الشارح لا حاجة الى ما تقدم لكن
بالنظر الى المتن تغلط لا استغناء الجملة الاولى من هذه الجملة
الاخيرة لان التصدق بالغلة غير ضمان النقصان او اجر
المستعير الشيء المستعار بلا اذن من المعير ونقص المستعار
بسبب الايجار ضمن المستعير النقصان وان استغله الغاصب
ولم ينقص من المغصوب شيء تصدق بما بقي بيده فيما
بحثه الزيلعي حيث قال وكان ينبغي ان يتصدق بما زاد
على ما ضمن لا بالغلة كلها اه وانت خبير بانه ذكر ذلك
على وجه البحث ولا متابعة عليه على ان المغصوب اذا لم ينقص
بسبب الايجار كما قدمناه فانه يلزمه ان يتصدق بالغلة

كلها الا ما بقي من الغلة والاجرة حلالا فالا بي يوسف فانه
قال لا يتصدق بشيء لان الزيادة حصلت في ضمانه وملكه
وقد قدمنا عن الزيلعي مستوفى تحت قول الشارح ولو بيت
لد قلبه كذا في الملتقى قال الشارح في شرحه على الملتقى
افاد انه لا يصرفه في حاجته الا اذا كان فقيرا كالغني لو
تصرف تصدق بمثله ولو ادي لمالكه حل له التناول لزوال
الخبث ولا يصير حلالا بتكرار العقود وتداول الالسنة
ذكره القهستاني اه لكن نقل البهنسي في المنح عن البزازية
ان الغني يتصدق بكل الغلة في الصحيح ونقله البزازية
على ما في المنح الغاصب اذا اجر المغصوب فالاجر له فان تلف
المغصوب من هذا العمل وتلف لانه وضمنه الغاصب
له الاستعانة بالاجر في ادا الضمان وتصدق بالباقي ان كان
فقيرا فان كان غنيا ليس له ان يستعين بالغلة في ادا
الضمان في الصحيح اه يعني فيتصدق لا يصح التقييد
بما بقي الا اذا كان الغاصب فقيرا تامل رحمتي وقال
الزيلعي ولو هلك في يده ما استغله فضمنه المالك كان
له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث كان لاجل
المالك فاذا اخذه المالك لا يظهر الخبث في حقه ولهذا لو
اسلم الغلة اليه مع العبد يباح له التناول فيزول الخبث
بالتسليم وتبرا ذمته من القيمة بقدره بخلاف ما اذا
باعه الغاصب بعدما استغله وهلك في يد المشتري
وضمن المالك المشتري قيمته ثم رجع المشتري على الغاصب
بالثمن حيث لا يكون للغاصب ان يستعين بالغلة في ادا
الثمن الى المشتري لان الخبث كان لحق المالك والمشتري
ليس بمالك فلا يزول الخبث بالاداء اليه الا اذا كان لا يجد غيره

من الفقرا

من الغلة باعتبار انه ملكه وهو محتاج اليه كان للملتقط ان
يصرف اللقطة على نفسه اذا كان محتاجا ثم اذا اصاب
مالا تصدق بمثله اذا كان غنيا وقت الاستغلال وان
كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا من ترجيحه على غيره من
الفقرا اه وعلى ما في البزازي جرى ابن الشحنة ونظم
في ذلك بيتا فقال
ويدفعها في قيمة قيل مطلقا • وتصحيح منع في الغني معرب
اه ولو غصب عبدا قيمته الف فازدادت قيمته بعد الغصب
حتى صارت الفين ثم قتله انسان كان المولى بالخيار
ان شاء ضمن الغاصب قيمته الفا يوم غصبه وان شاء
ضمن القاتل قيمته يوم قتله الفين على العاقلة فان
ضمن الغاصب الفا رجع الغاصب على عاقلة القاتل
بالفين وتصدق بالفضل فان كان العبد هو الذي
قتل نفسه في يد الغاصب ضمن الغاصب قيمته الف
درهم يوم غصبه ولا يضمن قيمته يوم قتل نفسه كذا في
السراجية وفي التترخانية ولدت المغصوبة وكسبت ووهب
لها وقطعت يدها ووطئت بشبهة ماتت وقضى القاضي
بالولد يوم الغصب فالولد والهبة والكسب للمولى والعقر
والارش للغاصب ولو صالح على قيمتها بلا قضا فالكل
للمولى اه قال محمد في جامع الصغير رجل غصب عبدا
واجر العبد نفسه وسلم من العمل صحت الاجارة فان اخذ
العبد الاجر واخذ الغاصب الاجرة واتلفه لا ضمان
عليه عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه الضمان وان كان
الاجر قائما كان للمالك بالاجماع كما في المحيط كما يتصدق
بربح ما تصرف الغاصب في المغصوب او تصرف المودع

بالفتح في الوديعة بان باعه بغير اذن المالك وربح الغاصب
او المودع فيه اذا كان ذلك معينا بالاشارة كما لو قال
الغاصب او المودع بعتك هذا الثوب بعشرة واشار الى
الثوب المغصوب وكذا المودع لو قال كذلك واشار الى الثوب
المغصوب وكذا المودع لو قال كذلك واشار الى ثوب الوديعة
وعلى هذا سائر العروض حيث تتعين بالتعيين فانه لا
يحل له تناول الربح قبل ضمان القيمة وبعده يحل الا فيما
زاد على قدر القيمة من الربح فانه لا يطيب له ويتصدق
به لان العقد متعلق فيما يتعين حتى ينفسخ العقد
بالهلاك قبل القبض فيتمكن الخبث فيه وفي القهستاني
وله ان يؤديه الى المالك ويحل له التناول لزوال الخبث
او لو تصرف بالشرا بدراهم الوديعة او الغصب ونقدها
قال السيد احمد الاخصر الاوضح ان يقول او غيرهما متعين
ونقده نفتي الان بما ذكره انه يتصدق المتصرف
غاصبا كان او مودعا بربح حصل فيهما اي المغصوب
والوديعة وله ان يؤديه الى المالك ويحل له التناول
لزوال الخبث قهستاني اذا كانا مما يتعين بالاشارة
وحاصله ان المغصوب والوديعة ان كانا مما
يتعين وباعه وهلك المبيع في يد المشتري واختار
المالك تضمين الغاصب او المودع فان العقد ينصرف
اليه لتعيينه فيكون العقد محظورا عليه فما ربحه
بسبب محظور فسبيله التصدق وان كانا مما لا يتعين
وهو النقدان فان العقد لم ينعقد عليه لانه لا يتعين
وان عين بل ينعقد بالايجاب والقبول ويدخل البدل
في ملك المشتري ويبقى الثمن في ذمته فاذا نقد دفعه

فقد

فقد برئ وكان ذلك الثمن قضا عن دينه فما ربحه فانما هو
بالعقد لا بالثمن فكان حقه ان يطيب له الربح وهي على
اربعة اوجه فان اشار الغاصب اليها اي الدراهم المغصوبة
او دراهم الوديعة بان قال اشتريت منك عبدك بهذه
الدراهم ونقدها اي دفعها بعينها فكذلك يتصدق فانه
وان لم تتعين بالاشارة الا ان النقد يورث الخبث قهستاني
لكن هذه الصورة مستثناة من عبارة الربح المتقدمة وان اشار
اليها ونقد غيرها او اشار الى غيرها ونقدها او اطلق بان قال
اشتريت عبدك بمائة ولم يشر اليها ونقدها لا يتصدق
في الصور الثلاث عند الكرخي ولا يلزمه التصدق بالربح
فيها وفي التتارخانية عن الذخيرة انه اذا اطلق ولم يشر
فانه نوى النقد منها فلا يخلو ان حقق نيته فنقد منها
فالاصح انه لا يطيب وان لم يحقق نيته يطيب لان مجرد
العزم لا اثر له وان لم ينو ثم نقد منها ثم طاب قال الحلواني
نوى النقد مما يطيب اذا نوى لا ينقد منها ثم بدا له فنقد
اما اذا نوى النقد منها مع علمه انه ينقد لا يطيب اهـ
وفي البزازية قول الكرخي عليه الفتوى ولا تعتبر النية وفي الفتوى
ثم حلها مع عدم العلم بالديانة وقيل وبه يفتى وفي القهستاني
عن الذخيرة وعليه الفتوى دفعا للحرج في هذا الزمان
ومشى عليه في الغرر ومختصر الوقاية والاصطلاح ونقله
في الفتوية عن المحيط ومع هذا لم يرتضه الشارح فانه
تبع صاحب الهداية قال في ... لا يطيب قبل ان يضمن
وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار كما سيأتي عن الزيلعي
فاذا جرت هذه الاربعة فالربح يعني في تناول المشتري
فان الربح تابع للاصل فليتأمل والمختار انه لا يحل الربح للغاصب

في

والمودع بالفتح مطلقا اي في الصور الاربعة لذا في الملتقى ولو
وصلية بعد الضمان هو الصحيح كما في فتاوى النوازل قال
الزيلعي وقال مشايخنا لا يطيب بكل حال ان يتناول منه
قبل ان يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال وهو المختار
واطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة يدل على ذلك ووجهه
انه بالنقد منه استفاد سلامة المشترى وبالاشارة استفاد
جواز العقد لتعلق العقد به في حق التقدير والوصف فتمكن
فيه شبهة الحرمة لملكه بسبب خبيث وذكر صدر الاسلام في
الجامع الصغير لو اشترى بالالف المغصوبة جارية هل
يباح له الوطء الصحيح انه لم يكن له الوطء لانه لسبب
نوع خبث هكذا في النهاية ولو اشترى بالالف المغصوبة طعاما
قيل يباح له الاكل والصحيح انه لا يحل له لنوع الخبث في
سببه ولهذا المعنى ترى بعض الظلمة الذين لهم قليل
تقوى يشترون الاشياء بثمن ويصرفونها الى حوائجهم ثم
يقضون الاثمان مغصوبة ولو غصب الفا واشترى بها
طعاما يساوي الفين فاكله او وهبه لا يتصدق بالربح
اجماعا كذا في الوجيز واختار بعضهم الفتوى على قول
الكرخي في زماننا لكثرة الحرام ذكره الشارح تبعا للزيلعي والا
فتقدم للماتن ما يفيده ولو تزوج بدراهم الغصب
امراة يسعه ان يطأها كما في السراج وفي القدسي ولو غصب
كرا او ثوبا فاشترى به امة لا يحل وطؤها ولو غصب ثوبا
فتزوج به امراة وسعه وطؤها لانه لو استحق ما جعل
مهرا لم ينتقض النكاح وفي الذخيرة ابراهيم عن محمد غصب
من آخر دراهم واشترى بها دنانير لا يسعه ان ينفق
الدنانير لان الدراهم اذا استحقت بعدما افترقا انتقض

البيع في الدنانير فان قضى على غاصب الدراهم بمثلها حلت
له الدنانير وهذا كله على قولهما في وجوب تصدق الربح
وعند ابي يوسف لا يتصدق بشيء من ذلك الربح في الصور
الاربعة وغيرها وقد تقدم للشارح قوله خلافا لابي يوسف
كالا يلزمه ان يتصدق بالربح فيما لو اختلف الجنس ذكره الزيلعي
ولفظه وهذا الاختلاف بينهم فيما اذا صار بالتقلب من جنس
ما ضمن بان ضمن دراهم مثلا وصار في يده من بدل المضمون
دراهم فان كان في يده من بدله خلاف جنس ما ضمن بان
ضمن دراهم وفي يده من بدله خلاف جنس ما ضمن طعام او عروض
لا يجب عليه التصدق بالاجماع لان الربح انما يتبين عند
اتحاد الجنس ولم يظهر بالتقلب من جنس ما ضمن لا يظهر
الربح اه ومن هنا يفهم ما قدمناه عن الوجيز قريبا فليحفظ
ولو ضمن الغاصب القيمة عند الهلاك والاباق حتى صار
الكسب له تصدق بالكسب كذا في الذخيرة غصب حانوتا
واتجر فيه وربح يطيب الربح كذا في الوجيز وفي فتاوى ابي الفضل
الكرماني غصب دود القز فرباها فالفيلق للغاصب ولا شيء
عليه عند ابي حنيفة وعليه قيمتها عند محمد قال رضي الله عنه
في زماننا يفتى بقول محمد كذا في القنية علف دود القز من اوراق
الغير غصبا يتصدق بالفضل على قيمة دوده ويجوز بيع
الفيلق كذا في الوجيز وفي المنتقى قال ابو يوسف اذا غصب
رجل ارضا وبناها حوانيت وحماما ومسجدا فلا باس بان يصلي
في ذلك المسجد فاما الحمام فلا يدخل ولا يستأجر الحوانيت
قال ولا باس بان يدخل الحوانيت لشراء المتاع قال هشام
وانا اكره الصلاة فيه حتى يطيب بذلك اربابه واكره شراء
المتاع من ارض غصب او حوانيت غصب ولا ارى ان يقبل

شهادة الذي يبيع في حوانيت الغصب اذا علم ان ذلك غصب
كما في المحيط فان غصب وغير الغاصب الشي المغصوب
قيد بتغيير الغاصب لانه لو تغير بنفسه كان صار العنب
زبيبا فان المالك بالخيار ان شاء اخذه وان شاء ضمن الغاصب
ومثله اذا صار الرطب تمرا او اللبن ... ولو غصب صبيا
فصار شابا او شيخا ... ولو غصب
جارية ناهدة الثديين فانكسر ثدياها عنده او عبدا محترفا
فنسي ذلك عنده ضمن النقصان تتارخانية وزال
اسمه تحترز به لان من غصب شاة وذبحها فالمالك بالخيار
ان شاء ضمن الغاصب قيمتها وسلمها له وان شاء ضمنه
نقصانها لان اسم الشاة لم يزل عنها اذ يقال شاة مذبوحة
وانما خير المالك لان ذبحها استهلاك من وجه دون وجه
وكذا الحكم كما عند المشب عليه او وطئا فغزله او لبنا
قصيرة محمصا او عصيرا فخلله فانه لا ينقطع به حق
المالك وقيل ينقطع قهستاني واعظم منافعه اي زال
اكثر مقاصده كما لو غصب حنطة وطحنها فان المقاصد
المتعلقة بعين الحنطة جعلها هريسة ونحوها تزول
بالطحن منح وهذا احتراز عن درهم غصبها وسبكها
بلا ضرب كذا ذكره في السراج فلو صاغ الدراهم بعد سبكها
دراهم لا ينقطع الاولى وسواء كانت مثل الدراهم الاولى
او لا اوجر قال السيد احمد فانه بعد السبك بلا ضرب
وان زال اسمه لكن بقي اعظم منافعه من جعلها
ثمنا والتزين بها ولذا لا ينقطع حق المالك عنه
بعد السبك كما في المحيط وغيره فلم يكن ذكر زوال
الاسم مغنيا عن ذكر اعظم منافعه كما ظنه ملا خسرو

حيث

حيث ذكر انه لا حاجة الى ذكر عظم المنافع لان قوله زال اسمه
مغن عنه لانه يلزمه اهـ وغيره او اختلط المغصوب
بملك الغاصب بحيث يمتنع امتيازه كما خلط بر الغصب
ببره اي ببر المالك او يمكن امتيازه بحرج ومشقة
كبره بشعيره اعلم انه اذا خلط المغصوب بمال نفسه او
بمال غيره فهو على ضربين خلط ممازجة وخلط مجاورة
اما خلط الممازجة فهو على ضربين خلط لا يمكن التمييز بينه
بالقسمة كخلط دهن الجوز بدهن البزر ودقيق الحنطة
بدقيق الشعير فالخالط ضامن ولا حق للمالك في المخلوط
بالاجماع وان امكن التمييز بينهما بالقسمة كخلط الجنس
بالجنس مثل الحنطة بالحنطة واللبن باللبن فكذلك عند
ابي حنيفة رحمه وعندهما المالك بالخيار ان شاء ضمنه
مثل حقه وان شاء شاركه في المخلوط واقتسما على قدر حقهما
واما خلط المجاورة فهو على ضربين خلط يمكن التمييز
بلا كلفة ولا مشقة وخلط لا يمكن التمييز الا بكلفة ومشقة
كخلط الحنطة بالشعير ذكر في الكتاب انه يضمن الخالط ولم
يذكر الخيار للمالك نصا ثم اختلفوا قيل هذا قولهما وفي قول
ابي حنيفة لا يشترط لان الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير
فيكون خالطا الجنس بالجنس فيملك عنده وقيل الخيار
عندهم جميعا وقيل الصحيح انهما لا يشتركان عندهم جميعا
ولو خلط حنطة رجل بشعير اخر ضمن الخالط فان اصطلحا
على ان يأخذ المخلوط احدهما ويضمن لصاحبه مثل كيله او
قيمته جاز لان المخلوط مشترك بينهما ويجوز بيع احد الشريكين
نصيبه من المخلوط من شريكه وان ابيا باعاه واقتسما
فيضرب صاحب الحنطة بقيمة حنطة مخلوطة وصاحب الشعير

بقيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة كما في محيط السرخسي وفي التجريد عن ابي يوسف فيمن صب طعاما على طعام ان كان طعامه الاكثر كان ضامنا وان كان طعامه اقل لم يكن ضامنا ولم يصر مستهلكا وفي المنتقى لو غصب من رجل الف درهم وخلط بها درهما من ماله قال مذهب ابي يوسف في هذا الباب ان دراهم الخلط اذا كانت الاكثر فهو مستهلك وضمن الدراهم المغصوبة وان كانت دراهم الخلط اقل فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمنه دراهمه وان شاء شاركه في المخلوط بقدر دراهمه قلت فان كان سواء فالمغصوب منه بالخيار ان شاء على كل حال على قولهما ان شاء ضمن الغاصب دراهمه وان شاء كان شريكا فيها وفي المنتقى هشام عن محمد اذا كان مع رجل سويق ومع اخر سمن او زيت فاصطدما فانصب سمن هذا او زيته في سويق هذا فان صاحب السويق استهلك سمن هذا ولم يستهلك صاحب السمن سويق هذا فان صاحب السويق يضمن لصاحب السمن ولان هذا زيادة في السويق ولا اتي احدهما سويق ومع الاخر نورة فاصطدما فانصب سويق هذا في نورة هذا فان شاء صاحب السويق اخذ سويقه ناقصا واعطى الاجر مثل النورة وان شاء ضمن صاحب النورة مثل كيل سويقه ودفع سويقه اليه او ضمن صاحب السويق لصاحب النورة مثل كيل سويقه ودفع سويقه اليه او ضمن صاحب السويق لصاحب النورة مثل كيل نورته واذا فعل ذلك غيرها وذهب فليس لصاحب النورة على صاحب السويق شيء والسويق لصاحب السويق طوريق في التكملة واما السمن والعسل فكلاهما اصلان اذا اختلطا واذا اختلط الدهن بالمسك فان كان يزيد الدهن ويصلحه كان المسك بمنزلة

والنقصان يضمن

الصبغ

الصبغ وان كان دهنا لا يصلح بالخلط ولا يزيد قيمته كالادهان المنتنة فهو هلاك كذا في فتاوى الكرخي ولو اختلط نورة رجل بدقيق اخر بغير صنع احد يباع المختلط ويضرب كل واحد منهما بقيمته مختلطا لان هذا نقصان حصل لا بفعل احدهما فليس احدهما بايجاب الضمان عليه اولى من الاخر كذا في الخانية صب دردياً على جيد ضمن مثل الجيد فان كان قليلا كان شريكا بقدر ما صب وفي القدوري صب ماء في طعام فافسده وزاد في كيله فلصاحب الطعام ان يضمنه قيمته قبل ان يصب فيه الماء وليس له ان يضمن له طعاما مثله وكذلك لو صب ماء في دهن او زيت لان للطعام المبتل والدهن الذي صب فيه الماء لانه لم يكن منه غصب متقدم حتى لو غصب ثم صب عليه الماء فعليه مثله كذا في المحيط ولو خلط دراهم جيادا بدراهم زيوف فهو ضامن الا اذا علم ان في الجياد زيوفا وفي الزيوف جيادا الا ان التمييز متعذر حقيقة وقسمة واما اذا علم انه ليس في الجياد زيوف ولا في الزيوف جياد لا يضمن لانه امكن التمييز بين الجياد والزيوف فلم يكن الخلط استهلاكا كذا في محيط السرخسي رجل في يديه دراهم ينظر اليها وقع بعضها في دراهم غيره فاختلطت كان الذي وقع من يده الدراهم غاصبا ضامنا وهذه جناية منه وان لم يتعمد هاكذا في الظهيرية وفي الخانية صب رجل خلا في خمر انسان وهما نصفان فقال لصاحب الخمر ان ياخذ نصف الخمر وعن ابي القاسم رجل غصب خمرا وجعلها في حبه وصب فيها خلا من عنده فصار الخمر خلا قال يكون الخل للغاصب قياسا وقال الفقيه ابو الليث قيل الخل يكون بينهما على قدر حقهما لانه صار كانه خلطا خلفها قال وبه ناخذ كذا في الاصل دفع مولاه الف درهم اليه ليشتري له متاعا

يه

خلط بدراهمه ثم اشترى بجميع ذلك متاعا فالمتاع بينه وبين
مولاه ذكره ابن سماعة عن محمد رح قال محمد رح رجل دفع
الى رجل درهمين ودفع درهما آخر وامره ان يخلطهما ففعل
ثم وجد بينها درهما ستوقا فالقول قول الامين فيه انه
لهذا فان قال الامين لا ادري لمن هو فقال اضمنه الامين
وان خلط بامرها كذا في محيط السرخسي روى عن علي
ابن الجعد قال سمعت علي بن عاصم قال سالت ابا
حنيفة رح عن درهم لرجل ودرهمين لآخر اختلطت
فضاع درهمان وبقي درهم من الثلاثة لا يدرى من ايهما
هو فقال الدرهم الباقي بينهما اثلاثا فلقيت ابن شبرمة
فسالته عنها فقال اسالت عنها احدا قلت نعم سالت ابا
حنيفة رح فقال انه قال لك الدرهم الباقي بينهما اثلاثا قلت
نعم قال اخطا ابو حنيفة لانا نقول درهم من الدرهمين
الضايعين لصاحب الدرهمين بلا شك والدرهم الثاني
من الضايعين يحتمل انه من الدرهمين ويحتمل الدرهم
الواحد فالدرهم الباقي بينهما نصفان فاستحسنت
جوابه جدا وعدت الى ابي حنيفة وقلت له خولفت
في المسالة فقال القيت ابن شبرمة وقال لك كذا كذا
وذكر جوابه بعينه فقلت نعم فقال ان الثلاثة لما
اختلطت صارت شركة بينهما بحيث لا يتميز فلصاحب
الدرهمين ثلثا كل درهم ولصاحب الدرهم ثلث كل درهم
فاي درهم ذهب بحصته فالدرهم الباقي بينهما
اثلاثا كذا في الجوهرة النيرة وفي المنتقى رجل عنده وديعة
لرجل وهي ثياب فجعل المودع فيها ثوبا له فطلبها صاحب
الوديعة فدفعها اليه فضاع ثوب المودع فصاحب

الوديعة

الوديعة ضامن له قال ثمة كل من اخذ شيا على انه له ولم
يكن له فهو ضامن كذا في المحيط ضمنه اي الغاصب للمفصوص
حتى زال اسمه واعظم منافعه وكذا الخالط وانما ضمنه لكونه
متعديا وملكه لانه احدث صنعة متقومة لان قيمة شاة
زاد بطبخها وشيها وكذا قيمة حنطة تزاد بطحنها وجعلها
دقيقا فصار حق المالك هالكا من وجه حتى تبدل الاسم
وفات اعظم المنافع وحق الغاصب قائم من كل وجه
فيكون راجحا على المالك من وجه على ما تقرر في الاصول كما
في الدرر وكذا الحكم اذا غزل القطن في الصحيح وان لم ينسجه
او نسجه فانه يزول اتفاقا وفي كتابة الورق خلاف
قال السغدي الصحيح انه لا ينقطع وينقطع حق المالك
عن المصحف اذا نقطه وفي الساقية واما التراب اذا لبنه
او جعله انية فان كانت له قيمة فهو مثل حنطة اذا طحنها
وان لم يكن له قيمة لم يلزم الغاصب ضمانه لان ما لا يتقوم
لا يضمن وجعل الساج بابا كطحن حنطة وفي التترخانية
غصب مصحفا ونقطه فهو زيادة وفي المحيط ولو غصب
ساجة فجعلها بابا وحديدة وجعلها سيفا ينقطع حق
المالك ويضمن قيمة الحديدة والساجة وجميع ذلك نقلا
وكذا لو غصب سمسما فعصره وفي التجريد غصب ارضا
فيها زرع ونخل وشجر فسقاه الغاصب وابر النخل ونحوه
وقام عليه فهو للغاصب وفيه تأمل اذ يجوز السقي مرة ونحوها
لا يتغير النخل والشجر وكذا ينبغي الحكم الا ان يحمل الاول على
انه زاد زيادة بعدها متغير العين عرفا ونحو وعصب
هذا الباب الذي عليه عمل اصحابنا حديث رسول الله صلى
الله عليه وسلم الذي رواه ابو يوسف واحتج به وكذا محمد لكن

لحسن وهو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم زار قوما فذبحوا
له شاة فاخذ منها لقمة فجعل يمضغها رسول الله صلى الله
عليه وسلم ولا يسيغها فقال صلى الله عليه وسلم انها
تخبرني انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري مما حب
الضيافة كانت شاة اخي وسارضيه بما هو خير منها
اذا رجع فقال صلى الله عليه وسلم اطعموها الاسارى
فامره بالتصدق حتى كون المالك معلوما وهذا يبين ان
الغاصب قد ملكها اذ مال الغير يحفظ عينه اذا امكن وثمنه
بعد البيع فلما امره بالتصدق بها دل على انه ملكها وعلى
حرمة الانتفاع قبل الارضا اه وقال الشافعي لا ينقطع
حق المالك من العين وهو رواية عن ابي يوسف غير انه
اذا اختار اخذ العين لا يضمنه النقصان عنده في الاموال
الربوية لئلا يفضي الى الربا وعند الشافعي يضمنه وعن
ابي يوسف ان ملكه يزول عن العين ويملكه الغاصب
لكنه يباع فيوفي به ثمن المغصوب منه يعني ما وجب
له عليه بالغصب من المثل او القيمة فان مات الغاصب
فالمغصوب منه احق به من سائر غرمائه على مثال
الرهن والمبيع قبل القبض وجعل الابق لعدم رضاه
ببطلان حقه فصار كالمشتري اذا قبض المبيع بغير اذن
البائع قبل ايفا الثمن بل اولى لان الملك اقوى من اليد
فاذا لم يبطل حق اليد به فاولى ان لا يبطل به حق المالك
لنا فقول ان المالك يبقى ملكه ما بقيت العين ويتبعها
وصفها اذ هو قايم بها فيترجح هو لكونه صاحب اصل
ولان الدقيق حنطات فرقت اجزاؤها وذلك لا يوجب

٤٢

الخروج عن ملكه كالقطع في الثوب والذبح والسلخ في الشاة
ولان فعله محظور فلا يكون سببا للملك اذ المحظور لا يناط
به نعمة الملك على اصله فلا يعتبر فعله كما اذا وقعت
الحنطة في الطاحونة وانطحنت بنفسها والهوى من
غير صنع احد ولنا الحديث المتقدم فانه صريح في الرد
عليه وقد قال الاتقاني والمعقول في هذه المسألة ان الغاصب
لما غصب الحنطة واستهلكها بالطحن انقطع حق المالك
عنها لا محالة فصار كما اذا غصب ثوبا فاحرق فصار
رمادا فانه ينقطع حق المالك بالاستهلاك فكذا هذا و
والدليل على الاستهلاك ان اسم الحنطة زال عنها بعد الطحن
وكذلك صورتها ومعناها اما زوال الاسم فلانها كانت تسمى
حنطة والان تسمى دقيقا واما زوال الصورة فلان
صورتها هي الحبة المفلوقة البطن ولم تبق تلك الصورة
بعد الطحن واما معناها فلانها كانت تصلح للزراعة
والقلي ولطبخ الهريسة ونحو ذلك والان لا تصلح لذلك
فاذا ثبت التغاير بينهما من هذه الوجوه كان الدقيق
جنسا اخر غير الحنطة فيسقط حق المالك ولا يكون له سبيل
في الدقيق وقوله صلى الله عليه وسلم على البيع ما اخذت
حتى تؤديه تردة دليل على هذا لانه اخذ الحنطة لا
الدقيق اه فلا يحل انتفاع وفي المستصفى كما غاب صاحبه
ويخاف عليه الفساد فلا باس بان ينتفع به بعدما يشهد
على نفسه بضمانه ولا يخرجه ذلك عن اثم الغصب ولو
اشترى الزوج طعاما او كسوة من مال خبيث جاز للمرأة
اكله ولبسها والاثم على الزوج تتحاشى قبل ارضائه
اي رضا مالكه اشار بهذا الى ان المراد بالاداء الضمان في كلام الماتن

رضا المالك وذلك اما باداء حقيقة او ابراء من المالك للغاصب
عنه او بتضمين قاض اي حكم عليه بالضمان وكذا لو رضي
الخصم بالضمان وكان حق التعبير هنا ان يقول يعني لان
التغيير بذلك يكون عند عدم طرحه المغير بما قسم
به قال في البحر الزاخر وان طبخها او شواها ضمن قيمتها
فان كان صاحبها غائبا او حاضرا لا يرضى ان يضمنه
لم يسعه ان ياكل ولا يطعم منها احدا ولا يبيع احدا ان ياكل
منها حتى يقضي قيمتها وان كانت دينا عليه قلت وذلك
لئلا يلزم منه فتح باب الغصوب وفي منعه حسم مادته
ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم في الشاة المذبوحة
بغير اذن مالكها بعد الطبخ اطعموها الاسارى ولو جاز
الانتفاع به لم يلزمه كما قال ذلك والقياس حله
اي جواز الانتفاع به وهو قول زفر والحسن ورواية عن
ابي حنيفة لوجود الملك المطلق للتصرف ولهذا ينفذ
تصرفه فيه كالتمليك لغيره فلو غصب طعاما فمضغه
حتى صار بالمضغ مستهلكا فلو اراد ان يبتلعه لا يبتلعه
الا حلالا في رواية لابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
لا يبتلعه الا حراما فيعتبرها شرط طيب المغصوب
للغاصب اداء الضمان الى المالك وعند الامام لزوم البدل
عليه ولذا قال في المحيط من غصب من اخر لحما فطبخه
او غصب حنطة وطحنها صار الملك له ووجبت عليه
القيمة فاكله حلال في قول ابي حنيفة وفي قولهما اكله
حرام قبل ان يرضي صاحبه وكان الامام مولانا بحر الدين
السغدي يقول انه يكون هذا قول الامام ونقول حجة المفتون
من اصحابنا انه لا يملكه الا باحد الامور الثلاثة اي لا يمكنه

حل الانتفاع واراد بالامور الثلاثة ما اشار اليه الشارح سابقا
من اداء الضمان والابراء والقضاء بالضمان وقالوا وجميعا
الفتوى على قولهما ولذا قال الشارح على المعتمد حسما
لمادة الفساد لانه يلزم منه فتح باب الغصب وفي منعه
حسم مادته قال في النوازل غصب لحما فطبخه ملكه
الغاصب باداء الضمان او بالقضاء بالضمان او برضى
الخصم وبعد الملك لا يحل له الانتفاع لاستفادته
بوجه خبيث كالملوك بالبيع الفاسد عند القبض الا اذا
جعل صاحبه في حل كذا في المنح ثم تعقبه بقوله قلت
ما في النوازل مخالف لما في عامة المتون من ان الملك في المغصوب
ثابت قبل اداء الضمان وانما المتوقف على اداء الضمان الحل
اه واجاب الزيلعي عما تقدم في دليل القياس
من نفاذ تصرف الغاصب فيه بان نفاذ تصرفه فيه
لوجود الملك وذلك لا يدل على الحل الا ترى ان المشتري
شراء فاسدا ينفذ تصرفه فيه مع انه لا يحل له الانتفاع به
ثم اذا ادى القيمة اليه واخذه او حكم الحاكم بالقيمة او تراضيا
على مقدار حل له الانتفاع به لوجود الرضى من المغصوب
منه لان الحاكم لا يحكم الا بطلبه فحصلت المبادلة بالتراضي
اه وان غصب حنطة فزرعها ثم جاء صاحبها وقد ادرك
الزرع او هو بقل فعليه حنطة مثل حنطته ولا سبيل على
الزرع عندنا الا انه لا يطيب له الفضل وعلى هذا لو غصب
نوى فانبته او تالة فغرسها روى عن ابي يوسف انه قال
في التالة لا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي الضمان وفي الزرع
والنواة لم يذكر في ظاهر الرواية الجواب في الفصلين سواء
وعلى هذا لو غصب بيضة وحضنها تحت دجاجة

حتى اوحب فيها وما له الربعو الكرافى المبسوط
كذبح شاة التنوين بدل الاضافة اي شاة غيره وكره
ابن سلطان قال الشيخ الرحمتي بل هو تنوين تمكين
وشانه انه محذوف عند الاضافة و يوجد عند عدمها
على ان تنوين العوض منقسم الى ما يكون عوضا عن جملة او عن
حرف او عن كلمة كقوله تعالى فضلنا بعضهم على بعض وكل
في فلك و ايا ما تدعوا والاضافة امر معنوي فالانسب
ابدالها بالمضاف اليه شاة وطبخها او شويها قال في
السراج ولو ان رجلا اخذ شاة لرجل بغير اذنه فذبحها وطبخها
وشواها كان لصاحبها ان يضمنه القيمة فان كان صاحبها
غائبا او حاضرا لا يرضى ان يضمنه لم يسع للذي ذبحها وشواها
ان ياكلها ولا يطعم منها احدا ولا يبيع لاحد ان ياخذ منها شيئا
حتى يضمن الذي صنع بها ذلك قيمتها لصاحبها فان ضمنه
صاحبها قيمتها بقضاء قاض او بغير قضاء وسعه ان ياكل
منها وان يطعم من احب اذا ادى القيمة او كانت دينا عليه
وان لم يضمن القيمة فليتصدق بها وان ابى صاحبها ان
ياخذ القيمة واراد ان ياخذ اللحم وهو مطبوخ او مشوي
لم يكن له ذلك اه وطحن مجرور بالكاف او قطعا للمعطوف
عليه وهو كذبح بر وكذا غيرها من الحبوب وكذا لو طحن برا
مغصوبا او زرعه يعني لو غصب برا و زرعه وقدم
الكلام في ذلك وجعل مجرورا بالكاف حديد سيفا وجعل
صفر او نحاس انية وفي المحيط ولو غصب صفرا وجعله
كوزا ينقطع حق المالك وكان الكرخي يقول هذا اذا كان
بعد الصنعة لا يباع وزنا ينبغي ان لا ينقطع حق المالك
عند ابي حنيفة قال شمس الائمة السرخسي الصحيح ان جواب

مطلق

مطلق يجري بخلاف النقرة عند ابي حنيفة وذكر صاحب
الصفر الكوز بعدما ضمن له الغاصب قيمة صفره او قبل
ان يقضي له بالقيمة قال عليه قيمة الكوز صحيحا وياخذ الكوز
قال شمس الائمة ولا ينقطع المقاصة بين الضمانين قال
في الكتاب الا ان يحتسب له عليه بعض ثمنها فالوجه مراده
من هذا اذا اصطلحا على ذلك فيكون استبدالا يجوز ماذون
ذلك فلا يجوز بعض ما يجانسه قالوا تاويله اذا كان المغصوب
صفرا ليس له مثل حتى وجب قيمة الصفر فتقع المقاصة
اه والبناء بحمل العطف على المجرور بالكاف قراءة وكانسبا
ويحمل العطف على حديد المضاف اليه اي وجعل نسب
اي ساجة بالجيم مغصوبة وهي خشبة عظيمة في العلو
والصلابة وشجرتها في قدر شجرة الجلنار احمر اللون صلب
يميل الى السواد تنبت الاوراق صلبة الريح تنبت
بالهند تعمل في الابواب والسفن كما ذكر [illegible] العطش
والنهاب المعدة وهو مما العمل يحرج دون السطن وهو
قوي الاثر في ذلك والمراد انه لو غصب ساجة [illegible]
وضعها في بنائه لم يسا فوقها وحولها في [illegible] كالتي
الحور والحال ان قيمته اي قيمة البناء اكثر منها اي من قيمة
الساجة اما اذا كانت قيمة الساجة اكثر لم ينقطع حق المالك
عنها ذكره في النهاية وقال الكرخي والفقيه ابو الليث جعفر
انما ينقطع حق المالك عن الساجة اذا بنى حولها واما اذا
بنى عليها فلا ينقطع حق المالك لانه متعد في البناء عليها
والساجة من وجه كالاصل و[illegible] البناء يهدم للرد كما اذا
بنى في الارض المغصوبة وعندنا في الا ينقطع حق المالك
كيف ما كان فيهدم البناء وياخذ ساجته لانه وجد عين

ماله فكان احق به بالنقض وعندنا ينقطع حقه مطلقا في الصحيح لان في قلعه ضررا بالغاصب وقال صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وضرر المالك مجبور بضمان القيمة فلا يعد ضررا فصار كما اذا خاط بالخياط المغصوب بطن ادمي او ادخل لوحا مغصوبا في سفينة وكان في لجة البحر حيث يملكها الباني بالقيمة ولذا لو غصب ارضا فبنى عليها او غرس ان كانت قيمة البنا او الغرس اكثر من قيمة الارض يملكها الباني او الغارس بالقيمة والا فلا وهذا التفصيل ذكره الكرخي في بعض كتبه وقال انه المراد بما ذكر في الكتاب وبعضهم قال انه لا ينقطع حق المالك مطلقا وكان لصاحب الارض ان ياخذها ولصاحب الدر رحمه الله التفصيل حيث جعل محل القلع اذا كانت قيمة الارض اكثر من قيمة البنا والغرس فلا ينقطع حق المالك واما اذا كانت قيمتها اكثر فللغاصب ان يضمن له قيمة الساحة وفي المنح روى هشام عن محمد ان كان قلع الاشجار لا يفسد الارض لكن ينقصها شيئا فانه ياخذ الارض ويضمنه النقصان وليس له ان ياخذ الاشجار ويضمن قيمتها للغاصب واعتمد ذلك اذا كانت الارض تفسد بقلعها اه وسنأتي مسائل البنا والغرس تحت قولنا ان ومن بنى او غرس في ارض غيره الخ فتنبه او ابتلعت دجاجة انسان لؤلؤة لاخر وفي الخانية والبعير اذا ابتلع لؤلؤة وقيمة اللؤلؤة اكثر كان لصاحب اللؤلؤة ان يدفع اليه قيمة البعير فان كان ثمن اللؤلؤة يسيرا فلا شي على صاحب البعير رجل ابتلع درة رجل ومات فان ترك مالا اعطي الضمان من تركته فان لم يدع مالا لا يشق بطنه ولو ابتلع

درة

درة غيره وهو حي يضمن قيمتها ولا ينتظر ان يخرج منه شجرة الزرع اذ نبتت في ملك رجل فصار في خب رجل اخر وعظم الزرع فتعذر خراجه من غير كسر الخب في بعض نسخ اللؤلؤة اذا ابتلعها دجاجة ينظر الى اكثرهما قيمة يقال لصاحب الاكثر ان شئت اعطيت الاخر قيمة ماله فتصير لك وان ابى يباع الحب عليهما ويكون الثمن بينهما اه ولو دخلت اترجة رجل في قارورة الاخر ينظر الى اكثرها قيمة فيؤمر صاحبه بان يدفع قيمة الاخر ولو ادخل رجل اترجة رجل في قارورة لاخر يضمن كل واحد منهما لصاحبه ولا خيار لاحد لانه تلفها ولو الاترجة والقارورة له كذا في محيط السرخسي ولو دخل الثور راسه في قدر يضمن صاحب الاكثر قيمة الاقل وفي الخانية ولو ادخلت دابة رجل راسها في قدر اخر ولا يمكن اخراجها الا بالكسر كان لصاحب الدابة ان يتملك القدر بقيمته ونظائرها كثيرة لصاحب اكثر المالين ان يتملك الاخر بقيمته فان كانت قيمتهما على السوية بيع عليهما ويقتسمان الثمن وعن ابي يوسف رحمه الله لؤلؤة وقعت في دقيق رجل انه كان في قلب الدقيق ضرر لا اقلبه حتى يباع الدقيق الاول فالاول وان لم يكن في قلبه ضرر امرته بقلبه قال بشر رحمه الله يقلبه الذي يطلب اللؤلؤة او اودع رجل رجلا فصيلا وهو ثلاث سنين فاقة وادخله المودع بالفتح في بيته فكبر الفصيل في بيت المودع ولم يمكن اخراجه من الفصيل بعد كبره الا بهدم الجدار ويقلع الباب فله ان يعطي قيمة الفصيل يوم صار الفصيل في حد لا يستطيع خروجه من الباب ويملك الفصيل فهو مخير في نفسه ان شاء وان شاء قلع بابه ورد الفصيل قال الصدر الشهيد في واقعاته ويجب ان يكون تاويل المسالة اذا كانت قيمة ما ينهدم

و نتظر ...

من البيت بإخراج الفصيل أكثر من قيمة الفصيل أما إذا كان الفصيل
أكثر فللمودع قلع الباب لإخراج الفصيل بأن يؤمر صاحب
الفصيل بدفع قيمة ما يهدم إلى المودع وإخراج الفصيل وفي
كتاب الحيطان هذا إذا أدخل المودع الفصيل في بيته ولو
استعار المودع بيتا وأدخل الفصيل فيه وعظم الفصيل
وباقي المسألة بحالها يقال لرب الفصيل إن أمكنك إخراج
الفصيل فأخرجه وإلا فانحره فاجعله قطعا قطعا وإن كان
بغلا أو حمارا فإن كان ضرر هدم الباب فاحشا فالجواب
كذلك وإن كان يسيرا فله أن يقلع الباب ويغرم مقدار
ما أفسدت الباب وهذا نوع استحسان كذا في المحيط
وفيه إذا كان للمستأجر حب في الدار المستأجرة لا يمكن إخراجه
إلا بهدم شيء من الحائط ينظر أيهما أكثر قيمة ما يهدم من
الحائط بإخراج الحب أو الحب اهـ أو سقط ديناره أو لؤلؤة
في محبرة غيره ولم يمكن إخراجه أي ما وقع من الدينار ونحوه
إلا بكسرها أي المحبرة إن كان ذلك بفعل صاحب المحبرة أو
كان أكثر قيمة من المحبرة كسرت ولا شيء على صاحب الشيء
الواقع فيها وإن وقع بفعل صاحب الشيء أو بغير فعله
كسرت أيضا وعلى صاحب الشيء قيمة المحبرة إن شاء وإلا صبر
حتى تنكسر كذا في الجوهرة ونحو ذلك يضمن صاحب الأكثر
قيمة الأقل قيمة ويتملكه صاحب الأكثر بعد الضمان فقد
علمت مما قدمنا من النقول أن المروي عن محمد في هذه المسائل
أن صاحب الأكثر يخير إن شاء أخذ الأقل وضمن قيمته لمالكه
وإن شاء ترك وضمن صاحب الأقل قيمة الأكثر وقد ذكره في المنح
وسكت أيضا والشارح تبع فيما ذكره صاحب الأشباه و
والأصل أن الضرر الأشد يزال بالأخف أي أنه يتحمل الضرر

الخاص

الخاص لأجل دفع الضرر العام ولهذا جوز الرمي إلى كفار تترسوا بصبيان
المسلمين ووجوب نقض حائط مملوك مال إلى طريق العامة
والحجر على السفيه والمسعر عند تعدي أرباب الطعام في بيعه
بغبن فاحش وبيع طعام المحتكر جبرا عليه عند الحاجة
وامتناعه من البيع وفي هذه القاعدة من الأشباه ثم قال
أي صاحب الأشباه ولو ابتلع رجل لؤلؤة لغيره ثم مات المبتلع
فلو ترك ما يضمن قيمتها ولا ينتظر أن يخرج منه ثمارها وأنه
لا يشق بطنه لأن حرمة الآدمي يعني ولو بعد موته
أعظم من حرمة المال ويأخذ صاحب اللؤلؤة قيمتها
اللؤلؤة في تركته أي الميت المبتلع إن كانت له تركة ويبرأ [illegible]
فيها الورثة وإن لم يكن للميت مال فلا شيء لصاحب اللؤلؤة
وجوزه الشافعي قال بأنه يشق بطن المبتلع قياسا
على الشق لإخراج الولد من بطن أمه التي ماتت وفي بطنها
حملة جنينها فإنه يشق بطنها من الأيسر ويخرج ولدها
قلت وقدمنا في الجنائز من كتاب الصلاة عن التجنيس
الإمام أنه يشق بطن المبتلع بأن المحرمات أبيح ما يشق
لإخراج الولد ولفظ الشارح بخطه ولو ابتلع مال غيره ومات
هل يشق قولان والأولى نعم فتح اهـ وعبارة الفتح امرأة حامل
ماتت واضطرب في بطنها شيء وكان رأيهم أنه ولد حي يشق
بطنها فرق بين هذا وبين ما إذا ابتلع درة فمات ولم يدع
مالا عليه القيمة ولا يشق بطنه لأن في المسألة الأولى إبطال
حرمة الميت لصيانة حرمة الحي فيجوز وأما في المسألة الثانية إبطال
حرمة الأعلى وهو الآدمي لصيانة حرمة الأدنى وهو المال ولا كذلك
في المسألة الأولى ووجهه لاتفاق على أن حرمة المسلم ميتا
كحرمته حيا ولا يشق بطنه حيا لو ابتلعها إذا لم يخرج مع الفضلة

ولذا مناولنا بخلاف شق بطنها لاخراج الولد اذا علمت حياته
وفي الاختيار جعل عدم شق بطنه عند محمد ثم قال وروى الجرجاني
عن اصحابنا انه يشق لان حق الادمي مقدم على حق الله تعالى
ومقدم على حق الظالم المتعدي اه وهذا اولى والجواب
عن ما قدمنا ان ذلك الاحترام يزول بتعديه اه ويويده
ما في البزازية قال مات رجل وقد ابتلع لؤلؤة غيره او دنانير
غيره يشق اه وهذا اذا كان متعديا واما اذا لم يكن متعديا
كان امره صاحب اللؤلؤة ان يحفظها في فمه فسقطت في جوفه
بدون صنعه فينبغي ان يفتى بالقول الثاني وهو عدم الشق
كما افاده الرحمتي فلا خلاف بينه اي في جواز الشق لاخراج مال
الغير اذا كان متعديا وفي تنوير الابصار انه لا يجوز الشق
لذلك الاصح ولا يخفى ان صاحب البزازية قال بعد العبارة التي
قدمناها عنه وعن محمد اذا مات ابتلع ولم يدع مالا لا يشق
بطنه لو درة وعليه الفتوى لان الدرة تتعدد فيه فلا تفسد
الشق والدنانير لا تفسد اه وافاد البيري ان هذا الخلاف
في الدرة ولا خلاف في الدنانير ومثلها الدراهم اذا كانت عشرة دراهم
كما قيده البيري وذكر صاحب تنوير الابصار انه الشق في اللؤلؤة
اصح فتحصل ان في الشق للؤلؤة قولين مصححين وان الشق
على تفصيل محمد فليتامل قال السيد احمد ثلث والحاصل
مما يعول عليه ان المبلوع ان كانت دراهم او دنانير او نحوها
لا يفسد في الجوف فجاز الشق له ان شاحح الخصم وان كان
نحو اللؤلؤة مما تفسد في الجوف ولا يبقى له مالية اصلا
بعد الاخراج فلا يشق لاجله لعدم الفائدة وان تبقى فيه
مالية بعد الاخراج وبلغ تلك المالية عشرة دراهم فوقها
ولم الخصم ولا انو تجاز الشق والله تعالى اعلم فليحفظ

بقي الكلام فيما لو كانت قيمة الساحة المغصوبة التي بنى الغاصب
عليها وقيمة البنا لو قلعها سواء فان اصطلحا اي الغاصب
والمغصوب منه على شي من تقسيم احدهما للاخر او بيعهما
وقسمة ثمنها بينهما جاز صلحهما ونعمل بما توافقا عليه وان
تنازعا ولم يرض صاحب الساحة الا نقضها واراد الغاصب
بيع البناء للساحة عليها اي بيع البنا والساحة على ان
يقسم الثمن بينهما بالسوية لان المسالة مفروضة فيما اذا
كانت قيمة الساحة والبنا سوا فيقسم على قدر ما لهما كما
لو فرضت المسالة فتاملها شرنبلالي عن البزازية في جراه
وهكذا ايضا للشرنبلالي قال في حاشية الدرر نقلا عن
الذخيرة لم يذكر في الاصل انه لو اراد الغاصب نقض
ورد الساحة بقي فيما لو كانت قيمة الساحة قدر [illegible]
مو انه يحلها ها بحل ذلك وهذا على وجهين ان كان
القاضي قضى عليه اي على الغاصب الثاني بالقيمة اي بقيمة
الساحة لا يحل له نقض البنا وان نقض يستوجب
الساحة صيانة لنقضها وقبله يعني وان نقض القاضي
بالقيمة فولا انه اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يحل
له نقض البنا حيث لا نقضا وقد نقضنا على [illegible] الساحة
والا فلا جبر لما تقدم وقال بعضهم لا يحل نقض ويوجد
رضاها لتضييع المال بلا فائدة واراد من [illegible] البنا وعرفت
بايضاحها ما في كلام الشارح من القصور وتمام [illegible] في محمد
وما فيها ولو غصب دارا ونقضها بالبناء بعشرة الاف
وجصصها قيل لصاحبها اعط ما زاد التشقيق والتجصيص
فان ابى مرنه بقلعه وضمنه ما نقص القلع هكذا روى هشام
عن محمد وعن ابي يوسف ونزع الباب استهلاك [illegible] بالقيمة

وفي القدوري ولو غصب من اخر دارا وجصصها ثم ردها قيل لصاحبها اعط ما زاد التجصيص فيها الا ان يرضى صاحب الدار ان ياخذ الغاصب ما جصصه قال هشام قلت لمحمد في رجل ونت على باب مقلوع ونقشه بالاصابع قال يسله سبيل الدار قلت وان كان نقشه بالنقر وليس بالاصابع قال فهذا مال مستهلك بالباب ويعطيه قيمته والباب له وكذا لو نقش بالفضة بالنقل كذا نقله الطوري في تكملة البحر وان ضرب الغاصب الحجرين وهما الذهب والفضة المغصوبين درهما ودينارا او ان لم يملكه الغاصب وهو اي المضروب منهما والاناء المصنوع للمالك مجانا عند ابي حنيفة لان الحاصل بصنعته الجودة وهي متقومة في مال الربا منح وقال في العناية ولابي حنيفة ان العين باقية من كل وجه لا ترى ان الاسم باق والاحكام الاربعة المتعلقة بالذهب والفضة وهي الثمنية وكونه موزونا وجريان الربا ووجوب الزكاة كذلك واذا كان كذلك لم ينقطع حق المالك اه خلافا لهما فقالا لا تملكها الغاصب لان التركيب بهذه الصنعة ملكه فصار الاصل مستهلكا قال في العناية لانه احدث صنعة معتبرة متقومة صير احدهما هالكا لحق المالك من وجه الا ترى انه كسره وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرا وهو لا يصلح راس مال في المضاربات والشركات وبعد ما ضربه يصلح لذلك وفي ذلك دليل على تغايرهما اسما ومعنى لانه خرج من قبل العرب يسمى تبرا وفضة وذهبا وبعده درهم ودنانير ومثل ذلك ينقطع حق المالك كما تقدم اه قال الجندي ولو غصب فضة فصاغها حليا فان له ان يسترده ولا يضمن الغاصب شيئا لاجل الصياغة الا اذا جعل الفضة او الذهب وصفا من اوصاف ماله بحيث يكون

في تربيعه مدرة كما اذا جعله عروة مزادة او صفائح في سقف او ما اشبه ذلك فانه ينقطع يد صاحبها عنها ويضمن الغاصب مثلها وقت الغصب واما اذا سبك النقرة الفضة او الذهب ولم يصغها ولم يضربها دراهم ودنانير بل جعلها صفائح مطولة او مدورة او مربعة لم ينقطع يد صاحبها عنها بالاجماع وان غصب دراهم وسبكها ولم يضرب منها شيئا فانه لا ينقطع حق المالك بلا خلاف كما في المحيط ولو غصب فلوسا فصاغ منها اناء ضمن الفلوس لانه اخرجها عن كونها ثمنا كما في محيط السرخسي فان ذبح الغاصب شاة غيره ونحوها مما يوكل لحمه كبقرة وجاموس وبعير واحترز به عما لا يوكل فانه لو ذبحه يضمن جميع قيمته للمالك عند ابي حنيفة وليس له ان يضمنه النقصان ويأخذ المذبوح وبين ان يضمنه كل القيمة ولا يمسك المذبوح ظهيرية طرحها اي الشاة المذبوحة المالك عليه اي على الغاصب واخذ المالك من الغاصب قيمتها وان شاء اخذها المالك وضمنه اي طالب المالك الغاصب في نقصانها وكذا اذا سلخها وجعلها عضوا وعن الفقيه ابي جعفر انه اذا اخذ اللحم ليس له ان ياخذ النقصان والفتوى على ظاهر الرواية قال الزيلعي وروي عن ابي حنيفة انه ليس له ان يضمنه النقصان اذا اخذ اللحم لان الذبح والسلخ زيادة فيها لانقطاع احتمال الموت حتى يتعين ولهذا لا ينتفع بلحمها بيقين والاول هو الظاهر لانه نقصان باعتبار فوت بعض الاغراض على ما بينا ثم قيد بالحلم لو قطع الغاصب يدها اي الشاة ونحوها لان هذه الاشياء كلها من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وقيد بالشاة ونحوها لانه هذه الاشياء لو ضرب ثوب غيره فانسد صلاحه ضمن قيمته

عند ابي حنيفة وعندهما نقصانه كما في القنية او قطع طرف
دابة غير ماكولة الذي في الملتقى بل ولقطعه غير ابي في قوله غير ماكولة
غير سديد بناء على ما وقع منه الا ان يكون حيث قال فاذا كانت
الدابة غير ماكولة اللحم فقطع الغاصب طرفها فللمالك ان
يضمنه جميع قيمتها بخلاف ما اذا قطع اذن الشاة او ذنبها يضمن
النقصان اه قلت وهذه العبارة موهمة لان قوله
فللمالك ان يضمن الخ يقتضي التخيير للمالك بين ان يضمن جميع
القيمة او يضمن النقصان واما في قطع اذن الشاة فليس له
الا تضمين النقصان فقط مع ان التخيير ثابت صريحا في عبارة
الهداية وغيرها كما في عبارة الشارح ونقل المصنف عن
الفتاوى الظهيرية انه لو قطع اذن حمار قال ابو حنيفة ان
شاء سلم الجثة وضمنه كل القيمة لانه استهلاك من كل وجه
وليس له ان يمسك الجثة ويضمنه النقصان وفي مسألة
الجثة العمياء وفي الاختيار ولو فقأ عين برذون او بغل او حمار
عليه ربع قيمته وكذا كل ما يعمل عليه من البقر والابل وما لا يعمل
عليه ما نقص كما في الجامع الصغير وفي عين بقرة الجزار
وجزوره ربع قيمته وفي عين شاة القصاب والجمل والطير
والدجاجة ما نقصه اه وفي الخانية ولو قطع رجل حمار او
يده ثم ذبحه صاحبه لا شيء على القاطع لصاحب الدابة
في قول ابي حنيفة رح قلت قوله غير سديد غير سديد
بل الاولى ابقاء غير لانه قد شبه حكم قطع طرف غير
الماكولة بقطع طرف الماكولة فلو حذف غير يكون تشبيه
الشيء بنفسه الا ان يراد التشبيه بعد التخصيص لكنه غير
سديد لثبوت الخيار في غير الماكولة ايضا يعني انه لو قطع
طرف غير الماكولة خير المالك بين اخذها وتضمينه قيمتها بعد دفعها

ويبين ايضا انها بلا تضمين نقصان فيقيس عليه ما نحن فيه ثانيا
ومن هنا تجد الامر بين الماكولة وغيرها لكن في الماكولة لو قطع
طرفها خير المالك بين دفعها وتضمين جميع قيمتها وبين
حبسها وتضمين نقصانها وفي غير الماكولة قولان في قول
انها كالماكولة واليه يشير ما في غصب الذخيرة اذا قطع اذن
الدابة او بعضها ضمن النقصان ولذلك لو قطع ذنبها
يضمن النقصان وذكر في النوازل ابو بكر روي عن محمد
اذا قطع ذنب حمار القاضي يضمن جميع قيمته وان كان لغيره
يضمن النقصان اه وقال الطحاوي في تكملة الشيخ ويلحق
بحمار القاضي حمار المفتي والعالم والامير ه وفي العدة عن
قطع اخرى قوائم الدابة ان كانت ماكولة اللحم ان شاء سلمها اليه
وضمنه تمام قيمتها وان شاء امسكها وضمنه النقصان وفي قول
ان الخيار فيها يخالف الخيار في الماكولة وذلك انه اذا اختار
ربها اي مالك غير الماكولة المقطوع طرفها اخذها ان حسبها
عنده ومعدوم خروجها من ملكه لا يضمنه شيئا كما يشير اليه ما في
العيون قال ابو حنيفة اذا استهلك رجل حمار غيره ونفسه
بقطع يده او يذبحه ان شاء صاحبه ضمنه وان شاء حبسه
ولا يضمنه وفي الظهيرية ولو ذبح حمار غيره ليس له ان يضمن
النقصان ولكن يضمنه جميع القيمة عند ابي حنيفة وعلى
قول محمد رح للمالك ان يمسكه ويضمن النقصان وان
شاء ضمنه كل القيمة ولا يمسك المذبوح وان قتله فلا فليس
له ان يضمن النقصان وعليه الفتوى اه كما نقله ط في
عن الفصول العمادية وفي النص ولو ضرب رجل حماره حتى
هلك قيمتها كذا الطحاوي كذا ذكر في العدة فعلى القول المفتي
به ليست غير الماكولة كالماكولة من كل وجه في التخيير وانما هي

مثلها في مطلق التخيير وهذا هو الذي حمل صاحب القيل في
الاعتراض على الملتقى لان الاصل في التشبيه اتفاق المشبه
والمشبه به في الحكم فليتحفظ بخلاف طرف العبد فان فيه
الارش قال في المنح نقلا عن العمادية ولو قطع يد حمار او بغل
او قطع رجله فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه القيمة ودفع الدابة
اليه وان شاء امسكها ولا يرجع على الغاصب بشيء بخلاف ما اذا
كان المغصوب عبدا او جارية وقطع يديهما او رجليهما كان
للمالك ان يضمن الغاصب القيمة ويدفع اليه المغصوب وان
شاء ضمنه النقصان واخذ المقطوع والفرق ان الادمي بقطع
اليد او الرجل لا يصير مستهلكا والعوض تصير به مستهلكة هذا
اذا كانت الدابة مما لا يؤكل لحمها فان كانت مما يؤكل كالشاة والجزور
في ظاهر الرواية هذا والاول يسوغ للمالك ان يضمنه جميع قيمتها
وليس له ان يضمن النقصان ويمسك الدابة هكذا ذكر شمس
الائمة السرخسي اه وفي الهداية والدابة اذا كان ما لا يؤكل لحمه فقطع
الغاصب طرفه له ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك
من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك حيث ياخذه مع ارش
المقطوع لان الادمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف اه او خرق
الغاصب وضبط بالتخفيف والتشديد ثوبا اي الثوب يطلق
على ما يلبس كالقميص وعلى ما لا يلبس كالكرباس خرقا فاحشا
وهو اي الخرق الفاحش ما فوت بعض العين وفوت بعض نفعه
لا كله ويبقى بعض العين وبعض المنفعة فلو فوت الرفق كله ان
كل نفعه ضمن الغاصب كما اي كل القيمة وسلمه العين لانه
مستهلك من كل وجه فانه لا يصلح لما كان صالحا له قبله وهذا
هو الصحيح في الفرق بين الخرق الفاحش والخرق اليسير وقيل
ما يوجب نقصان ربع القيمة فما فاحش وما دونه يسير

وقيل

وقيل الفاحش ما ينتقص به نصف القيمة لا مستو [illegible]
والقايم فيخير المالك بين ان يميل [illegible] او يقايم وقيل
الفاحش لا يصلح الثوب معه واليسير ما يصلح وقيل يرجع في [illegible]
الخياطين وقيل ان كان طولا ففاحش وان كان عرضا فيسير
كما في المجتبى فالحاصل ان الغاصب لو خرق الثوب خرقا فاحشا
خير المالك بين ان يضمنه جميع قيمته ويكون الثوب للغاصب
وبين ان يمسك الثوب ويضمن الغاصب نقصه [illegible]
وافاد الطوري بان هذا قولهما وعلى قول [illegible] فيخير
المالك بين تضمين جميع القيمة وترك المقصوص وبين اخذ
المقطوع ولا شيء له ونقلهن شمس الائمة الحلواني [illegible]
الفاحش فتنبه وفي خرق يسير نقصه [illegible]
شيئا من النفع قال الزيلعي واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة
وانما يدخل فيه نقصان في المنفعة والاستهلاك [illegible] من
كل وجه عبارة عن اتلاف جميع المنفعة والاستهلاك من وجه
عبارة عن تعييب المنافع ونقصانها وهو [illegible]
ولا عبرة قيام اكثر المنافع لان الحقيقة [illegible] تعذر
العمل باحدها ومتى امكن العمل بها لا يصار الى الترجيح
ولا يشتغل به وهنا امكن اعتبار الاستهلاك والنقصان
باثبات الخيار له فلا يعتبر الترجيح اه [illegible]
شيء من المنافع لكن تعيب بعضها ضمنه المالك [illegible]
مع اخذ المالك عينه ليس غير [illegible]
الترك على الغاصب كما في القيام العين من كل وجه واما اخذه
عيب فينقص لذلك فكان له ان يضمنه النقصان ما لم يحدث
فيه صنعة اما اذا احدث فيه صنعة بان خاط قميصا مثلا
فانه ينقطع به حق المالك عنده عندنا كما في النهاية وفي المبسوط

ولو غصب من رجل كتانا فغزله ونسجه فعليه مثله او قيمته ان
انقطع المثل ولا سبيل له على الثوب وفي الذخيرة غصب من
اخر قطنا وغزله ونسجه او غصب غزلا ونسجه ينقطع حق
المالك ولو غصب قطنا وغزله ولم ينسجه ففيه اختلاف
المشايخ والصحيح انه ينقطع وفي المحيط رجل غصب من اخر ثوبا
فقطعه قميصا وخاطه فاستحق رجل القميص يرجع المغصوب
منه على الغاصب بخيطه مثلها وكذلك لو غصب لحما فشواه
فاستحق الشوا فللمغصوب منه ان يرجع على الغاصب بقيمة
اللحم ولو كان المستحق اقام البينة ان اللحم كان له قبل ان يشوى
او كان الثوب له قبل ان يخيطه او كانت الحنطة له قبل الطحن
لم يرجع المغصوب منه على الغاصب وفي العادية ومن غصب
ثوبا فقطعه ولم يخطه او غصب شاة فذبحها حتى ينقطع
حق المالك ثم استحقها رجل برئ الغاصب عن الضمان اه
ويكون ربويا كما بسطه الزيلعي حيث قال شمس الائمة
السرخسي الحكم الذي ذكرنا في الخرق في الثوب من تخيير المالك
اذا كان الخرق فاحشا هو الحكم في كل عين من الاعيان الا في الاموال
الربوية فان التعييب هناك فاحشا كان او يسيرا اثبتت
لصاحبها الخيار بين ان يمسك العين ولا يرجع على الغاصب
بشيء وبين ان يسلم العين ويضمنه مثله او قيمته لان تضمين
النقصان متعذر لانه يؤدي الى الربا اه وكما لو مصوغ كسره
رجل فان كان من فضة فعليه قيمته مصوغا من الذهب
وان كان من الذهب فعليه قيمته مصوغا من الفضة وفي المبسوط
ومن تعدى على قلب رجل وهشمه وكان القلب من فضة
خير صاحب القلب ان شاء اخذه مهشوما ولا شيء له غيره
وان شاء ضمنه قيمته مصوغا من الذهب وان كان ذهبا

خير بين اخذه مهشوما بلا شيء او بين قيمته مصوغا من فضة
وتركه عليه ولو اراد اخذ المهشوم وتضمينه النقصان فليس
له ذلك وبعدما قضى عليه بالقيمة من خلاف الجنس او
تفرقا قبل التقابض من الجانبين فانه لا يبطل القضاء
لان القيمة قامت مقام العين ثم الذهب والفضة
بالصياغة لا يخرجان عن اعتبار الوزن وغيرهما من
الحديد والصفر والنحاس وغير ذلك قد يخرج بالصياغة
عن حد الوزن وقد لا يخرج فما كان لا يخرج من حد الوزن
بالصياغة نحو ما ان كان في موضع يباع وزنا ولا يباع
عددا فيكون حكمه كالذهب والفضة المصوغ فاذا
كسره رجل واورث فيه عيبا فاحشا او يسيرا يخير صاحبه
بين اخذه بجنس بغير شيء وبين التسليم الى الكاسر
واخذ القيمة من الدراهم والدنانير فلا يكون التقابض
من شرطه بالاجماع وان كان يخرج بالصياغة عن حد
الوزن صار عدديا فان كان الكسر لم يورث فيه عيبا
فاحشا فليس لصاحبه خيار الترك ولكنه يمسكه بنفسه
ويضمنه النقصان من جهة القيمة وان كان الهشم اورث
عيبا فاحشا فصاحبه بالخيار ان شاء اخذه منه واخذ معه
قيمة النقصان معروفا وان شاء سلمه الى الكاسر وضمنه قيمته
صحيحا غير مكسور كذا في شرح الطحاوي وان كسر درهما او
دينارا فعليه مثله والمكسور للكاسر قال شيخ الاسلام
قال مشايخنا هذا اذا كان الكسر لا ينتقص من ضربه
فليس له الا ذلك المكسور وهذا كما قلنا فيمن كسر سيف
انسان ليس لصاحبه الا المكسور قال شمس الائمة السرخسي
عليه مثله ان شاء صاحبه اخذه ولم يرجع عليه بشيء لنقصه

مائيته بالكسر ولا كما في المحيط قلت ومنه اي من قولنا ويكون ربويا يعلم جواب حادثة الفتوى وهي غصبت على بنا
المفعول اي غصب غاصب حياصة بكسر الحا المهملة واصلها
حواصة وهو سير يشد به حزام السرج كما في القاموس
فضة وظاهره ان هذا السير يتخذ من فضة وكانت مموهة
بالذهب فزال في يد الغاصب تمويهها ونقصت قيمتها
بسبب ذلك فيخير مالكها بين تضمينها مموهة اي تضمين
القيمة من غير الجنس على الظاهر قال السيد احمد واخذها
بلا شي اخر لانه اي التمويه تابع مستهلك ولانه يلزم منه الربا وشيخ
خير الدين والحكم ان المالك ان شا سلمها اي للغاصبة
وضمنها قيمتها من الذهب مموهة كما غصبها وان شا
امسكها ولا شي له وانما قلنا بذلك لان الذهب بالتمويه
صار مستهلكا تبعا للفضة فيستتر جميعها فضة غير
انها نقصت اي قيمتها بذهابه اي التمويه فتامل اهـ
ولو كان مكان الغصب شرا يعني لو اشترى رجل حياصة
فضة مموهة بذهب بوزنها فضة ثم ذهب تمويهها
في يد المشتري ثم اطلع المشتري على عيب قديم كان عند
البايع بها فلا يرجع بشي اي فلا يملك المشتري ردها على البايع
بسبب العيب القديم جبرا لتعيبها اي لان الحياصة بذهاب
تمويهها في يد المشتري صارت معيبة بعيب حادث عند
المشتري وهو مانع من الرد ولا رجوع بالنقصان اي لا يرجع
المشتري على البايع بنقصان العيب القديم كما هو الحكم
في المعيب اذا تعذر رده للزوم الربا المانع عن الرجوع بالنقصان
وذلك لانه قد اشترى فضة بفضة مثلها وزنا فلو رجع
المشتري بنقصان العيب زاد ما في يد المشتري عوضا في يد

البايع بلا عوض يقابله وهو عين الربا ومن هنا تعلم انه
لو كان اشترى الحياصة بذهب ثم اطلع على عيب قديم
بعدما زال تمويهها كان له الرجوع بالنقصان والله تعالى
اعلم فاغتنم نقل من صرح من الفقها به اي بهذا الحكم قاله
شيخنا يعني به خير الدين الرملي رح ومن بنى دارا او غيرها
بغير تراب تلك الارض والا فالبنا بتراب الارض لانه لو امر بنقضه
يصير ترابا كما كان در منتقى وغرس شجرا في ارض غيره بغير
اذنه فلو باذنه فالبنا لرب الدار ويرجع عليه بما نفق جامع
الفصولين من احكام العمارة في ملك الغير امر الباني والغارس
بالقلع اي بقلع البنا والغرس وامر برد الارض
فارغة الى مالكها لقوله صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم
حق اي ليس لذي عرق ظالم وصف العرق بصفة صاحبه
وهو الظلم وهو من المجاز كما يقال صام نهاره وقام ليله
فان الله تعالى فيها يفرق كل امر حكيم ولان الارض باقية على
ملكه اذ لم تصر مستهلكة ولا مغصوبة حقيقة ولا وجد فيها
شي يوجب الملك للغاصب فيؤمر بتفريغها وردها الى مالكها
كما اذا شغل ظرف غيره بالطعام هداية ثم ان قيمة الساحة
بالحا المهملة وهي الارض الخالية من بنا وغيره اكثر من قيمة البنا
وان كانت قيمة البنا اكثر من قيمة الساحة فللغاصب ان
يضمن له قيمة الساحة فياخذها ذكرها في النهاية كما مر في
مسالة البنا على الساحة بالحكم ونظايرها وهذا وفق
لمسايل الباب وتم في بعض المتاخرين تصدر للاسلام وانه
احسن ونقله بحواب الكتاب تبعا للاشباه هنا وبعض
مشايخ خوارزم حتى وقع الاحلا والحرف نحو سرو ونحوه
اهلها الدي ... الارض الخالية حال غيبة ملاكها

نحو الملاك افتوا بان البنا ان كان اكثر قيمة يعطي الباني القيمة
لمالك الرقبة وان كانت الرقبة اكثر قيمة يعطي قيمة البنا
لصاحب البنا ويملكها صاحب الرقبة والدليل عليه ما اجاب
به صاحب المحيط حين استفتي عنه ثم ذكر جوابه
بالفارسية كذا نقله في المنح عن القاري ويجوز للمالك
ان يضمن له اي للغاصب قيمة بنائه او قيمة شجر امر
بقلعه اي مستحق القلع اي حال كونهما مستحقين للقلع فتقوم
الارض بدونهما ومع احدهما مستحق القلع فيضمن الفضل
فان قيمة البنا والشجر المستحق للقلع اقل من قيمته مقلوعا
فقيمة المقلوع اذا نقصت منها اجرة القلع فالباقي قيمة الشجر
المستحق للقلع فان كانت قيمة الارض مائة وقيمة الشجر المقلوع
عشرة واجرة القلع درهم بقيت تسعة دراهم فالارض مع هذا
الشجر تقوم بمائة وتسعة دراهم فيضمن المالك التسعة كذا
قيل وفي شرح المتن للزيلعي وكيفية معرفتها ان تقوم الارض
وبها بنا او شجر استحق قلعه اي امر بقلعه وتقوم وحدها
ليس فيها بنا ولا غرس فيضمن فضل ما بينهما كذا قالوا
وهذا ليس بضمان لقيمته مقلوعا بل هو ضمان لقيمته
قائما يستحق القلع وانما يكون ضمانا لقيمته مقلوعا ان لو
قوم البنا والغرس مقلوعا موضوعا في الارض بان يقدر
الغرس حطبا والبنا اجرا ولبنا وحجارة مكومة على الارض
فيقوم وحده من غير ان يضم الى الارض فيقوم وحده من غير
ان يضم الى الارض فيضمن له قيمة الحطب والحجارة المكومة
ان نقص الارض به اي بالقلع للشجر والبنا اي نقصا فاحشا
بحيث يفسدها اما لو نقصها قليلا فيأخذ ارضه ويقلع الاشجار
ويضمن النقصان مقدسي ولا يخفى ان هذا الخيار ثابت للمالك

فان ابى

فان ابى المالك من قبول البنا والشجر وصمم على القلع ونقصت
الارض بسببه كان للمالك ان يضمن الغاصب النقصان
كما مر في قول الماتن وان نقص العقار بسكناه وزراعته ضمن
النقصان هذا ما ظهر لي والله تعالى اعلم وفي الحاوي غصب
من اخر دارا او ارضا وبني فيها بنا او زرع فقلعها صاحبها
الزرع وهدم البنا لا يضمن بشرط ان لا يكسر خشب الغاصب
ولا اجرة في الاصل غصب ارضا وبني فيها فجا صاحب الارض
واخذ الارض فاراد الغاصب ان ياخذ الحائط فان كان الغاصب
بني الحائط من تراب هذه الارض ليس له النقض والحائط لصاحب
الارض وان بني الحائط لا من تراب هذه الارض فله النقض
وفي فتاوى سمرقند رجل بني حائطا في كرم بغير امره فان لم يكن
للتراب قيمة فهي لصاحب الارض وان كان للتراب قيمة فللحائط
للباني وعليه قيمة البنا اهـ قلع نالة من ارض رجل وغرسها
في تلك الارض في ناحية فكبرت كانت الشجرة للذي غرسها
وعليه قيمة النالة يوم قلعها ويومر الغاصب بقلع الشجرة
فان كان القلع يضر بالارض يعطيه صاحب الارض قيمة
الشجرة لكن مقلوعة كذا في الكبرى رجل قلع نالة من ارض
انسان وانبتها في دار رجل فكبرت واثمرت فهي للغارس
ولا يطيب له لانه استفاده بسبب خبيث ولصاحب الارض
الثانية ان يامره بالقلع فان استمهله الى الربيع ليقلعها
ويغرسها في مكان اخر فانه لا يمهل الا ان يرضى صاحب الارض
ولو اشترى صاحب الارض فانه يجوز اذا تراضيا على ذلك
وعلى الغارس قيمة النالة لصاحب الارض الاولى يوم قلعها
كذا في جواهر الفتاوى وفي فتاوى النسفي سئل عمن غصب
ساحة فادخلها في بنائه ونالة فغرسها في ارضه او غصبا

فوصله بشجرة فوهبها الغاصب من المغصوب يبرا عن
الضمان بهذه الهبة قال نعم قيل ولو قال المغصوب منه للغاصب
للغاصب وهبت لك الساجة او التالة والذهب قال نعم
قيل وكيف وقد وهب المغصوب منه للغاصب مالا يملكه الواهب
لانه حقه قد انقطع ووجب الضمان علي الغاصب قال بلي
وهذا في المعني ابرا له عن الضمان الواجب عليه بسبب هذه
العين وفي الذخيرة مشتري الدار من الغاصب اذا هدمها
وادخلها في بنائه ثم حضر المالك فان كان البنا قليلا يتيسر
رفعه يرفعه ويرده علي المالك وان كان كثيرا يتعذر رفعه
فان شا لا يرفعه بل يتركه ويضمن المشتري قيمة البنا الاول
قال الفقيه ابو جعفر هذا قولهم وقال غيره من المشايخ هذا
قول محمد رح خاصة وفي الخانية كسر غصنا لرجل ضمن نقصانه
ولو كان الكسر فاحشا بان صار حطبا او وتدا ولو زرع ا ى
زرع الغاصب الارض المغصوبة وكانت الارض معدة للزراعة
بان كانت الارض في قرية اعتاد اهلها زراعة ارض الغير وكان
صاحبها ممن لا يزرع بنفسه ويدفع ارضه مزارعة فذلك
علي المزارعة ولصاحب الارض ان يطالب الزارع بحصة الدهقان
علي ما هو متعارف اهل القرية النصف او الربع او ما اشبه ذلك
كذا في الذخيرة والفتاوي النسفية وهو نظير الدار المعدة للاجارة
لو سكنها انسان فانه يجب اجر الاجارة وكلامهما لا يتاتي هذه
مزارعة فاسدة لعدم ذكر المدة لان الشارح ذكر في كتاب المزارعة
ان المفتي به صحتها بلا بيان المدة وتقع علي اول زرع واحد وفي
الذخيرة وعلي هذا ادركت مشايخ زماني وفي مزارعة البزازية قال
القاضي يفتي بانها ان صحت بها وحصة العامل معلومة عند
اهل تلك الناحية جاز استحسانا ولو زرعها بتاويل بان استاجر

ارضا

ارضا لغير الموجر بلا اذن ربها ولم يجزها ربها او زرعها المستاجر
لا تكون مزارعة لانه بتاويل الاجارة اه ملخصا يعتبر العرف
اي عرف الناس لم يكون للزارع ببذره وبقره وعمله فان اشتهر
الغلة يعني ان جري العرف بانهم يقتسمون اه ملخصا يعتبر
العرف في الغلة انصافا وارباعا اعتبر العرف يعني ويكون
الخارج علي هذا بين الغاصب ومالك الارض هذا ان رضيا به
والا بان تشاحا فالخارج للزارع لان الزرع للزارع فالخارج كله له
ولو غاصبا ويلزم عليه اي علي الغاصب الزارع اجر مثل الارض
برضي مالكها وان شا المالك امره بقلعه واخذ اجرة ارضه
في المدة التي استعملها واما في الوقف لو زرع الغاصب في الارض
الموقوفة فيجب الحصة المتعارفة من النصف والربع او يجب
الاجر اي اجر مثل الارض بكل حال سوا رضي بابقائه او لا
والخارج كله حينئذ للزارع قال الشامي من بعد نقله لنزوع
عن الاسعاف وغيره والحاصل انها ان كانت الارض ملكا
فان اعدها ربها للزراعة اعتبر العرف في الحصة والا فان اعد
للايجار فالخارج للزارع وعليه اجر المثل والا فعليه النقصان
ان انتقصت وان كانت وقفا فانه يعتبر العرف وكان انفع
اعتبر والا فاجر المثل لقولهم يفتي بما هو انفع للوقف اه
وقد قدمنا مسائل الزراعة في الارض المغصوبة تحت قوله
المال المنقول والنقص بسكناه وزراعته فتنبه فصولين
قال السيد احمد الذي في الفصولين غصب ارضا وزرعها فنبتت
فللمالك ان يامر الغاصب بقلعه ولو ابي فللمالك قلعه
فان لم يحضر المالك حتي ادرك الزرع فهو للغاصب وللمالك
تضمين نقصان ارضه اه هذا والذي في الدر المنتقي ما نصه
الزرع فتقدم ان له قلعه او تضمينها اي البذر ومثل بذره

فليحفظ وقدمه في شرح فوق الملتقى وما انتقص منه بفعله كسكناه
وزرعه ضمنه وقدمه المولف هنا ايضا فانت ترى عبارة
جامع الفصولين وعبارته في شرح الملتقى وفي هذا الشرح وفي الهندية
غصب من اخر دارا وارضا فبنى فيها بناء وزرع فيها زرعا فقطع
صاحبها الزرع وهدم البنا لا يضمن بشرط ان لا يكسر خشب
الغاصب ولا اجره ونحو ذلك كذا في حاوي الفتاوى وقد ذكر
فيما اذا زرع ارض الوقف بغير اذن جوابا بالفارسي وقال
بعده وقال بعضهم ينبغي ان يجب الثلث او الربع على عرف ذلك
الموضع اه وفي حاشية الشلبي من الاجارة عن المحيط انه
في حق البنا والغرس الجواب اتحد في الصور الثلاث وهي الاجارة
اذا انقضت مدتها والعارية والغصب حتى يجب عليهما القلع
والتسليم وفي الزرع اختلف الجواب ففي الغصب يلزم القلع على
الغاصب في الحال لانه متعد في الزراعة وفي الاجارة يترك
الى وقت الادراك استحسانا باجر المثل وفي العارية المؤقتة
وغير المؤقتة لا ياخذها صاحبها الى ان يستحصد الزرع استحسانا
لانه ما كان متعديا في الزراعة بجهة العارية ولادراك الزرع
نهاية معلومة فيترك وقالوا ينبغي ان يترك باجر المثل كما في
الاجارة نظرا للجانبين اه قال ثم رايت بعده في الهندية
ما نصه سئل شيخ الاسلام عطا بن حمزة عمن زرع ارض
انسان ببذر نفسه بغير اذن صاحب الارض هل لصاحب
الارض ان يطالبه بحصة الارض قال ان كان جرى العرف في
تلك القرية انهم يزرعون الارض بثلث الخارج او ربعه
او نصفه او شي مقدر شائع يجب ذلك القدر الذي جرى
به العرف قيل له هل فيه رواية قال نعم في اخر المزارعة قلت
وقد قدمنا ذلك قال ويمكن التوفيق بان هذا محمول على

ما اذا جرى

ما اذا جرى العرف بزراعة الارض بما ذكر ولو من غير اذن صاحبها
وما ذكر في جامع الفصولين على ما اذا لم يجر بذلك والله تعالى اعلم
قال ثم رايت ما يفيد ذلك وسأذكره عند ذكر المعد للاستغلال
قال ورايت في الهندية من كتاب المزارعة عن قاضيخان
انه انما ينظر الى العادة اذا لم يعلم انه زرعها غصبا بان اقر الزارع
عند الزرع انه انما يزرعها لنفسه لا على المزارعة او كان الرجل
ممن لا ياخذ الارض مزارعة ويانف من ذلك يكون غاصبا
ويكون الخارج له وعليه نقصان الارض اه غصب ثوبا
فصبغه قيد بالصبغ لانه لو انصبغ بغير فعله بالقاء الريح
فلا يخير المالك بل يؤمر بدفع قيمة الصبغ لانه لا جناية
من ربه حتى يضمن الثوب بل يتملك صاحب الثوب الصبغ
بقيمته زيلعي لا عبرة للالوان بل بحقيقة الزيادة والنقصان
قال الزيلعي ثم ما روي عن ابي حنيفة من ان الغاصب اذا صبغ
الثوب اسود فهو نقصان وعندهما زيادة كالحمرة والصفرة
فهو راجع الى اختلاف عصر وزمان فان بني امية في زمانه
كانوا يمتنعون عن لبس السواد وفي زمانهما بنو العباس
كانوا يلبسون السواد وقد شاور الرشيد ابا يوسف في لون السواد
فقال له احسن الالوان ما كتب به القران فاستحسنه هارون
وتبعه من بعده قلت ويحمل عليه ما سبق في الجنائز
من تفضيل البياض على غيره وعن هذا لما سئل بعض العرب
عن الوان الثياب قال الصفر اشكل والحمر اجمل والخضر انبل
والسواد اهيب والبياض افضل ولهذا لبس النبي صلى الله عليه وسلم
عمامة سودا حين دخل مكة لكونه اهيب في وجه العدو ونقله
الطرابلسي في شرح منظومة الكنز قال الزيلعي فاجاب
كل على ما شاهد من عادة اهل عصره والاختلاف فيه بينهم على

الحقيقة ولهذا لم يتعرض الماتن لذكر هذا الاختلاف ولان اللون
الصبغ لان من الثياب ما يزداد بالسواد ومنها ما ينتقص
فلا معنى للتقييد بلون دون لون بل لا يعتبر فيه الا الزيادة
والنقصان حقيقة ولو كان ثوبا ينقصه الصبغ بان
كانت قيمته ثلاثين درهما فرجعت بالصبغ الى عشرين فعن
محمد ينظر الى ثوب يزيد فيه ذلك الصبغ فان كانت الزيادة
خمسة يأخذ رب الثوب ثوبه وخمسة دراهم لان صاحب
الثوب وجب له على الغاصب ضمان نقصان قيمة ثوبه
عشرة دراهم ووجب عليه للغاصب قيمة صبغه خمسة
فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع بما بقي من النقصان
وهو خمسة رواه هشام عن محمد وهو مشكل من حيث ان
المغصوب منه لم يصل اليه المغصوب كله وانما وصل اليه
بعضه وكان من حقه ان يطالب هو الى تمام حقه فكيف يتوجه
عليه الطلب وهو لم ينتفع بالصبغ شيئا ولم يحصل له به
الا تلف ماله وكيف يسقط عن الغاصب بعض قيمة المغصوب
بالاتلاف والاتلاف مقرر لوجوب القيمة وكيف صار مسقطا
له هنا اه قال العلامة الطوري ولك ان تقول لا اشكال
لان الشارع نظر الى حق كل واحد منهما فلو الزمناه ان يدفع
العشرة ضاع مال الغاصب وهو الصبغ مجانا وذلك ظلم
والظلم لا يظلم فاوجبنا على رب الثوب فوصل الى المغصوب
منه كل ذي حق ما عليه وما [illegible] وكون الاتلاف مقررا
لا ينافي كونه مسقطا لان الاتلاف بالنظر الى النقصان
والاسقاط بالنظر الى عين الصبغ فتامل وغصب سويقا
فلته اي خلطه الغاصب بسمن من عنده فالمالك في كل
من المسائل التي مر مخير ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض يعني

ويترك

وترك المغصوب للغاصب ومثل السويق يعني والمالك
في مسألة السويق ان يضمن الغاصب مثل السويق وفيه
نظر لانه عبر في المبسوط بالقيمة يعني ضمنه قيمة السويق
لا مثله كما في الثوب لان السويق قيمي لتغيره بالقلي
الا ان يقول لتفاوته بالقلي فلم يبق مثليا حيث
لا يمكن ضبط مثله لان القلي يزيد وينقص والحب المقلي
يختلف بالقلي فلا يضبطه مثل وسماه [illegible] اي الذي
هو القيمة هنا مثلا يسر به كذا وقع في بعض النسخ
وفي بعضها مثليا والظاهر ان الصواب هو الاول لتمام
القيمة مقامه يعني فالقيمة مثل معنى كذا في الاختيار
قال الحموي الا ان التفاوت بسبب القلي قليل فلم
يخرجه عن كونه مثليا وقدمنا تحت قول الماتن والمثلي
المخلوط بخلاف جنسه قيمي فوضح عن المجتبى قال
ثمة وفي المجتبى السويق قيمي لتفاوته بالقلي وقيل مثلي
والله سبحانه اعلم اخذ الثوب المصبوغ والسويق
الملتوت وغرم المالك ما زاد الصبغ في الثوب وغرم
السمن في السويق لانه اي السمن مثلي وقت اتصاله بملكه
فيضمن بالمثل والصبغ لم يبق مثليا قبل اتصاله بملكه
بل صار قيميا قبل ذلك لامتزاجه بالماء وذلك يفيد
الزيادة والنقص ولا يضبط بالمثل بل بالقيمة مجتبى
يعني ما زاد الصبغ اي قيمة ذلك ومعنى غرم لمن
اي يلزم ملكه وربا في المحيط ولو غصب من رجل عصفرا
وصبغ به ثوبا وغصب سمنا ولت به سويقا لم يسعه
ان ينتفع به حتى يرضي صاحبه وقال شيخ في الثوب
المغصوب اذا صبغه الغاصب [illegible] يبلغ الصبغ

بالغسل بقدر الامكان وتسليمه الى صاحبه وان انتقص
قيمة الثوب بذلك فعليه ضمان النقصان لان الغاصب
متعد فلم يكن لفعله عبرة والتمييز ممكن فصار [illegible]
وبنائه في الارض بخلاف السمن في السويق لتعذر التمييز ولنا
ان الصبغ مال متقوم كالثوب وبجنايته لا يسقط تقوم
ماله فتجب صيانة حقهما ما امكن وكان صاحب الثوب
اولى بالتخيير لانه صاحب اصل والاخر صاحب وصف وهو
قائم بالاصل ولذا السويق اصل والسمن تبع الا انهم
يقولون سويق ملتوت فيخير صاحبه لتعذر التمييز بخلاف
البناء والغرس لان التمييز فيه ممكن بالنقض وله وجود
بعد النقض فامكن ايصال كل واحد منهما اليه والصبغ
يتلاشى بالغسل فلا يمكن ايصاله الى صاحبه وقال ابو عصمة
في مسألة الصبغ ان شاء رب الثوب باع الثوب فيضرب كل
واحد منهما بقيمة ماله وهذا طريق حسن ايضا لامكان
وصول حق كل واحد منهما اليه الى صاحبه ويتأتى هذا فيما
اذا انصبغ الثوب بنفسه ايضا زيلعي وقال في المحيط ولو
غصب صاحب الثوب عصفرا وصبغ به ثوبه فعليه
مثله لانه مثلي ولو غصب من رجل ثوبا ومن اخر
عصفرا ضمن مثل عصفره وقيمته ان كان لا يوجد مثله
ويخير رب الثوب كما ذكرنا في المبسوط ولو غصب ثوبا
من شخص والصبغ من اخر يقدر عليه في الاستحسان
اذا اخذ الثوب ضمن له الزيادة من صبغ في الثوب وان
شاء باع صاحب الثوب فيضرب في الثمن هو بقيمة ثوبه
ابيض وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ ولو غصب
ثوبا وعصفرا من رجل واحد وصبغه ضمن مثل

عصفره

عصفره وكان لربهما ان يأخذه مصبوغا ويبرئ الغاصب
من الضمان وان شاء ضمنه قيمة ثوبه ومثل عصفره
ولو كان العصفر لرجل والثوب لآخر فرضيا ان يأخذا
الثوب مصبوغا كالوكان [illegible] لهما ذلك لانه
لما اختلف المالك كان خلط المالين استهلاكا من كل وجه
واذا اتحد المالك كان الخلط استهلاكا من وجه دون وجه
ولو صبغ الراهن الثوب بعصفر خرج عن الرهن وضمن
قيمته ولو كان الثوب والعصفر رهنا كان للمرتهن
ان يضمنه قيمة الثوب ومثل عصفره وان شاء رضي بان
يكون الثوب المصبوغ رهنا في يده ولو غصب ثوبا
فصبغه بعصفر لنفسه ثم باعه وغاب وحضر صاحب
الثوب فانه يقضي به على المشتري ويستوثق منه
بكفيل لصاحب العصفر وينتقض البيع فيما بين البائع
والمشتري كذا في السراج وقصارة الثوب بالنشا [illegible]
كصبغه ووسمه بالطاهر كصبغه وبالنجس ينتقص
كذا في القنية ولو غصب ثوبا ففتله وغسله فلصاحبه
ان يأخذه ولا شيء للغاصب لان الفتل ليس بزيادة
عين مال فيه وانما هو تغيير صفة اخرى والغسل ازالة
وسخه والاشنان والصابون لا يبقى له عين في الثوب
وانما يتلف بالماء وما لفقت يرده ان كان بغير حرير
اما بالحرير فزيادة كالصبغ كذا في السراج رد غاصب
الغاصب الشيء المغصوب على الغاصب الاول يبرئ
الغاصب الثاني عن ضمانه وفي جواهر الفتاوى رجل غصب
مالا لآخر واخذه منه آخر ليرده على المالك فلم يجد صاحبه
لا طريق له للخروج عن العهدة ولو رده الى الغاصب الاول

وهلك في يده فقد خرج غاصب الغاصب عن العهدة اهـ
كما لو هلك المغصوب في يد غاصب الغاصب فأدى
غاصب الغاصب القيمة اي قيمة المغصوب الى الغاصب
الاول فانه اي غاصب الغاصب يبرأ ايضا كما يبرأ في الصورة
الاولى حتى لا يكون للمالك بعده ان يضمن الغاصب الثاني
لقيام القيمة مقام العين يعني فكما ان في رد العين يبرأ
عن الضمان حتى لا يكون للمالك تضمينه فكذلك في القيمة
هذا اذا كان قبضه اي قبض الغاصب الاول القيمة في
الصورة الثانية وقبضه العين المغصوب في المسألة الاولى
ولو كان الاول لما ان [illegible] قيمة ليعلم المسألتين
معروفا بقبضها القاضي على الغاصب الثاني برد العين او
بدله او ببينة قام بها الغاصب الثاني او تصديق المالك
للغاصب الثاني بانه رد العين والبدل الى الاول لان اقرار
الغاصب الاول بان الغاصب الثاني رد اليه العين او البدل
لان اقرار الغاصب حجة قاصرة فلا يتعدى اقراره على المالك
في ابطال حقه لو اراد تضمين غاصب الغاصب لان
اقرار الغاصب الاول برد العين او بدله يكون حجة في حقه
وحق غاصبه حتى لو ضمنه المالك لا يرجع على الغاصب
منه لاقراره بقبضه منه عادية وفي الوجيز ولو غصب
وسلم وغصب منه اخر وسرقه المالك من الغاصب الثاني
ثم ان الغاصب الثاني استرده منه بالغلبة وعجز المالك
عن مخاصمة الثاني ليس له ان يخاصم مع الاول لانه لما وصل
الى المالك فقد برئ الاول منه اهـ غصب رجل شيئا ثم غصب
ذلك الشيء غاصب اخر منه اي من الغاصب الاول فللمالك
ان يضمن الاول والثاني فان ضمن المالك الغاصب الاول

رجع الاول على الثاني بما ضمن وان ضمن الثاني لا يرجع
على الاول بما ضمن كما في محيط السرخسي فان اراد المالك
ان ياخذ بعض الضمان من الغاصب الاول ويأخذ
بعضه من الغاصب الثاني له ذلك سرخسية والمالك
بالخيار في تضمين ايهما شاء كما قررناه واذا اختار تضمين
احدهما جميع البدل وبعضه لم يملك تركه وتضمين الآخر
يعني فليس له بعد ان ضمن البعض لاحدهما ان يضمن
ذلك البعض للآخر [illegible] في محيط السرخسي قال
ابو يوسف انه يملك ذلك ما لم يقبض الضمان منه كما في النهاية
قال في المنح نقلا عن العمادية واذا اختار تضمين احدهما
فهل يبرأ الآخر عن الضمان حتى لو توى ما على الذي ضمنه
هل يرجع على الآخر فيه روايتان [illegible]
الاسلام صاحب [illegible] الاستروشني هـ وفي الخانية
واذا ضمن المالك احدهما اما الغاصب او غاصب الغاصب
او مودعه برئ الآخر من الضمان [illegible] لا يبرأ
وفي المحيط وخير المالك بين تضمين الغاصب [illegible]
مودعه لان كل واحد منهما متعد في حقه وفي خزانة المفتين
ولو باع الغاصب [illegible] لا يكون [illegible]
الاول ان ياخذ الثمن منه لانه بيع مالك [illegible]
فلا تكون اجازة البيع وفي الوجيز [illegible] الغاصب [illegible]
المالك فانما ضمن لا يرجع على صاحبه ولو اتلفه [illegible]
فقرار الضمان عليه ولو وهب الغاصب المغصوب من
انسان فهلك في يده فضمنه المالك لم يرجع على الغاصب
كما في محيط السرخسي ولو باعه الغاصب وسلمه فالمالك
بالخيار ان شاء ضمن الغاصب وجاز بيعه والثمن له وان

ضمن المشتري رجع على الغاصب وبطل البيوع لا يرجع بما
ضمن وان باع ولم يسلم لا يضمن كذا في الوجيز وفي المنتقى
ابن سماعة عن محمد اذا اختار المغصوب منه تضمين الغاصب
الاول ورضي به الغاصب الاول ولم يرض الا ان القاضي قضى
له بالقيمة على الاول فليس له ان يرجع عن ذلك ويضمن
الثاني فان اختار تضمين الاول فلم يعطه الاول شيئا وهو
معدم فالقاضي يامر الاول بقبض ماله عن الثاني ويدفع
ذلك الى المغصوب منه فان ابى الاول ذلك فوكل بعيدا اذا
حضرها قبلت منه البينة على الغاصب الثاني للغاصب
الاول حتى يوخذ ذلك من الثاني فيقبضه المغصوب منه
كذا في المحيط وفي الجامع الكبير رجل غصب من اخر جارية
قيمتها الف درهم فغصبها من الغاصب رجل اخر وقيمتها يوم
الغصب الثاني الف درهم فابقت من الغاصب فللاول
ان يضمن الثاني قيمتها ان لم يضمن المالك الاول فان اخذ
الغاصب الاول القيمة برئ الثاني عن الضمان وتكون
القيمة الماخوذة من الثاني مضمونة على الغاصب الاول
حتى لو هلكت في يد الغاصب الاول كان للمغصوب منه
ان يضمنه قيمتها بالغصب فاذا حضر المالك كان بالخيار
ان شا اخذ من الغاصب الثاني وتصير الجارية مملوكة
للغاصب الاول من جهة المالك ثم تصير للغاصب الثاني
من جهة الغاصب الاول فان كان قيمة الجارية يوم الغصب
الاول الف درهم ويوم الغصب الثاني الفي درهم ثم ابقت
من يد الثاني واخذ الاول من الثاني الفي درهم وهلكت
في يد الاول لم يكن للمالك ان يضمن الاول الفي درهم
وانما يضمن قيمتها يوم الغصب الف درهم ولو ان المولى

٥٩

والقيمة في يد الغاصب الاول قائمة ثم رجعت وقد ضربت
الجارية فالمالك بالخيار ان شا اخذ جاريته حيث ما وجدها
وان شا اخذ القيمة التي اخذها الغاصب الاول من الثاني
وان شا ضمن الغاصب الاول قيمتها يوم الغصب فان
اختار المولى اخذ الجارية رجع الغاصب الثاني على الغاصب
الاول بالقيمة التي اخذها فان كانت القيمة هلكت في يد
الاول ضمن الغاصب الاول ذلك للغاصب الثاني وان
اختار المولى من الغاصب الاول القيمة التي اخذها من
الغاصب الثاني سلمت الجارية للغاصب الثاني وان ضمن
المولى الغاصب الاول قيمة الجارية يوم الغصب الاول سلمت
القيمة التي اخذها للغاصب الاول لان الاول يتصدق بما
الالفين وهو الفضل على القيمة التي اداها في قول ابي
حنيفة ومحمد رح واما على قول ابي يوسف يتصدق بشي
بل يطيب له ذلك كذا في متفرقات محيط وفي العتابية
العتابية ولو ولدت المغصوبة في يد الغاصب الاول
وضمن الاول قيمة الام رجع الاول على الثاني بقيمتها
بقيمة الولد وهذه رواية تمنك لو ضمن الام
المغصوب منه الغاصب باقل من قيمة المغصوب رجع
الاول على الثاني بتمام القيمة وتصدق بالفضل كذا في
وعن ابن سماعة انه كتب الى محمد بن الحسن رح في رجل
من اخر عبدا وقتله في يده قال اخذ وخيار
بتضمين قيمة العبد حالا وان شاء عاقلة
موجلا فاجاب انه لم ذلك كذا في المحيط رجل غصب مالا
فغصب منه ذلك المال الغير المغصوب منه فالخيار الى المغصوب
منه بالخيار ان شا ضمن الاول وان شا ضمن الثاني فلا ضمن

الاول ثم يبرا الثاني وان ضمن الثاني يبرا الاول كذا في الظهيرية
غصب عبدا وغصب منه اخر وابق وقال المالك كانت قيمته
الفا منذ غصبته ثم اغتصبه الثاني وقيمته الفان وقال
الغاصب الاول لا بل غصبته وقيمته خمسماية وزاد الف
ونصفه عندي فالقول للمالك في حقها ولو لم يقل الغاصب
زاد عندي فالقول له فان ظهر وقيمته زايدة فللمالك ان
يردها اخذ واخذ عبده فاذا اختار اخذ العبد فقتله الغاصب
الثاني يخير ان شا امضى الفسخ واتبع العاقلة وان شا نقضه
واتبع الاول بقيمته مذ غصبه كذا في الكافي وطالعت في بعض
كتب الفقه رجل غصب عبدا فغصبه منه اخر فمات عنده
فالمولى بالخيار ان شا ضمن الاول ويتبع الاول الاخر وان شا برا
الاول واتبع الاخر بالقيمة ولا شي له على الاول كذا في العمادية ولو
غصب عبدا او ودعه فابق من يده فاختار المالك تضمين
المودع ملكه غاصبه فنفذ عتاقه ويرجع المودع على الغاصب
قبل اداء الضمان بنفسه ولو عاد العبد من الاباق الى
يد المودع للمودع ان يحبسه لاستيفا الضمان ولو هلك
بيده يهلك بالقيمة والمرتهن والمستاجر في هذا كالمودع
كذا في الكافي وليس للغاصب ان يستخدم او يتملك من
غيره حتى اختار المولى فان اختار اخذ القيمة استانف
الاستبرا وان اختار اخذها بطل ما فعل من التصرف الا اذا
استولدها يثبت النسب استحسانا والولد رقيق كذا
في التتارخانية وليس للغاصب الثاني وطء الجارية
حتى يختار المولى اخذ القيمة التي اخذها الغاصب الاول
او يختار ضمان الغاصب الاول فان كانت الجارية حاضت
حيضة بعدما اخذ الاول القيمة من الثاني قبل ان يختار

الموديا

المولى شيا من ذلك ثم اختار شيا من ذلك لا يجزي بتلك
الحيضة عن الاستبرا ولو كان الغاصب الاول قد قبض
القيمة من الغاصب الثاني فهذا وما لو ثبت اخذ القيمة بالقضا
البينة سوا غير ان بينهما فرق من وجه اخر ان في هذه الصورة
كان للمولى ان يضمن الثاني وفيما اذا ثبت ذلك بالبينة ليس للمولى
تضمين الثاني فلذلك يجب فيما اذا قضى القاضي بالقيمة
لا او الغاصب بقبض القيمة ولذلك لو ان الاول قبض الجارية
من الثاني واقرها فماتت عنده لا يقبل قوله حتى كان
للمالك ان يضمن الغاصب الثاني في هذه الصورة ويرجع
الغاصب الثاني على الغاصب الاول بالقيمة كذا في الذخيرة
وذكر ابن سماعة عن محمد لو سرق سارق من الغاصب وقضى
القاضي بذلك والمالك غايب فالقاضي ياخذ المال ويحفظه
على الغايب وللقاضي ان يتصرف في مال الغايب فيما يرجع
الى حفظه لانه انما يرجع الى حقوقه ولو كان المال مضمونا
على الغاصب والسارق من حقوق الغايب فلا يسقط
بالابرا من جهة القاضي كذا في محيط السرخسي الاجازة لا
تلحق الاتلاف ثم فرع عليه بقوله فلو اتلف رجل مال غيره تعديا
فقال المالك اجزت او رضيت لم يبرا متلف من ضمانه
اشباه معزيا للبزازية ولا يخفى ما سياتي في اخر الكتاب من مسائل
شتى متنا وشرحا ما يخالف هذا حيث قال بعد ثمة الاجازة
تلحق الافعال ونقل ابو السعود عن الحموي انه لو ختم
احد الورثة حال غيبة الباقين صبرة من التركة
ثم قدم الباقون واجازوا ما صنع برئ عن تضمينه لهم
ذلك لان الاتلاف لا يتوقف حتى تلحقه الاجازة اه
لكن نقل المصنف عن العمادية بعد ما نقل عن الفصل الثامن

من الذخيرة اذا بعث بالدين على يد رجل الى الطالب فجاء الرجل
الى الطالب واخبره ورضي به وقال للذي جاء به اشتر لي بها
شيئا فذهب واشترى ببعضها شيئا وهلك الباقي قال الفقيه
ابو بكر قد قيل انه يهلك من مال المطلوب وقيل يهلك من مال
الطالب وهو الصحيح لان الرضا بقبضه في الانتهاء بمنزلة
الاذن بالقبض في الابتداء انتهى وهذه العلة تشير
الى ان الاجازة تلحق الافعال وهو الصحيح اه قال المصنف
في المنح ذكره العمادي في فصوله في احكام تصرفات الفضولي
ثم ذكر بعد ذلك في فصل اخر قال فيه والحق بتصرفات
الفضولي من مجموع النوازل ان الاجازة تلحق الافعال ذكره
في الذخيرة من غير خلاف وهو الاصح اه كلام العمادي
ونقل في المنح قبله عن المحيط انه ذكر في غصب فتاواه غصب
شيئا وقبضه فاجاز المالك قبضه برئ عن الضمان ولو انه انتفع
به فامره بالحفظ لا يبرأ عن الضمان ما لم يحفظ قال وفي متفرقات
بيوع الذخيرة ولو اودع مال الغير فاجاز المالك ذلك برئ
عن الضمان وفيها ايضا الاجازة في العقود تلحق الموقوف
دون المفسوخ وذكر فيها ايضا الاجازة لا تلحق الافعال عند
ابي حنيفة وعند محمد تلحقها كالعقود حتى ان الغاصب
اذا رد المغصوب على اجنبي فاجاز المغصوب منه قبض
ذلك الاجنبي عند محمد خرج الغاصب عن الضمان وعند
ابي حنيفة لا يخرج قلت ومما يؤيد لحوق الاجازة
الافعال ما لو تصدق الملتقط باللقطة بعد تعريفها
وغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم جاء المالك
بعد التصدق بها فهو بالخيار ان شاء نفذ الصدقة
فيكون له ثوابها واجازته في الانتهاء كاذنه في الابتداء والاذن

حصل

حصل من الشارع لا من المالك فلهذا يثبت الملك للمقر
قبل الاجازة فلا يتوقف صحة اجازة المالك على قيام المال
في يد المقر حتى لو اجازه بعدما تلف المال في يده صحت
اجازته بخلاف اجازة بيع الفضولي فانه يشترط فيها وجود
المبيع عند الاجازة لثبوت الملك فيه بعد الاجازة قال
المصنف في المنح وعليه اي على ما جزم به في العمادية فتلحق
الاتلاف وعبارة المنح قلت فعلى هذا فيكون الصحيح
انما هو ان الاجازة تلحق الاتلاف لانه من جملة الافعال
قال فتحرر من هذا البحث قولهم الاجازة تلحق الافعال في الصحيح
والله تعالى اعلم اه قلت لا يخفى على الحاذق المتضلع
ان عبارتهم الصريحة بعدم لحوق الاجازة للاتلاف
كمسالة المتن والاخرى التي نقلناها عن السراج
لا تعارض بمفهوم يستفاد من عموم قولهم ان الاجازة
تلحق الافعال لقوة المنطوق وترجيحه على المفهوم مع انه
يقال ان المراد بالافعال في كلامهم ما عدا الاتلاف فلا يستوي
المشايخ كلهم مع امكان الحمل كما اشار اليه الشيخ صالح
ابن صاحب المنح وايده الحموي بعضهم بان الافعال منها
ما يكون اعداما ومنها ما يكون ايجادا فيحمل قول المشايخ
على الفعل الذي لا يكون اعداما اه وبهذا قال [illegible]
هنا الاجازة لا تلحق الافعال وقال في مسائل شتى الاجازة
تلحق الافعال [illegible] عدم دخول
الاتلاف في الافعال فليحفظ وفي البزازية [illegible]
الثوب فاخذه صاحبه ولبسه [illegible]
التضمين قال في التتارخانية ويعلم من هذه المسالة كثير
من المسائل اه [illegible] الغاصب الخشب كسرا فاحشا لا يملكه

٦٢

وان زادت قيمته بالكسر كما في القنية وذلك لانه بالكسر
لا يذهب الاسم ولا جل المنافع فلم يكن استهلاكا فلا يملكه
الغاصب لكن لو نحت الخشبة حتى صار يطلق عليها اسم
اخر او عمرت منفعته فيما يحل لاجله فالظاهر انه يملكه
والله تعالى اعلم ولو وهب رجل لاخر خشبا وكسره
الموهوب له لم ينقطع الرجوع في الهبة لاجل الكسر ان
خلت الموانع الاخر اشباه وفيها في الاشباه اجرها اي الدار
المغصوبة الغاصب وقبض الاجرة ثم رد الغاصب اجرتها
الى المالك سواء كانت قدر اجر المثل او لا ابو السعود في
حاشية الاشباه تطيب تلك الاجرة له اي للمالك
لان اخذ الاجرة من الغاصب اجازة من المالك والاجازة
اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون الغاصب كالوكيل
عنه في عقد الاجارة لانه فضولي في العقد وقد اجيز
فعله فينفذ وعلم من هذا ونحوه ان ما قدمه في باب
الفضولي من اشتراط عقد الفضولي للمالك مختلف
فيه لان الغاصب في مسالتنا لم يوجرها للمالك تامل
فــــرع استعار رجل منشارا من اخر فانقطع
المنشار باستعماله في النشر فوصله المستعير بلا اذن
مالكه فانقطع حقه لانه غيره دون بوصله وقد احدث
فيه صنعة بملكه ووجبت على المستعير قيمته منكسرا
لانه كسر باستعماله فلم يكن الكسر مضمونا عليه لعدم
ضمان المستعير ما تلف في عمله المعتاد من غير تعد شرح
وهبانية للشيخ عبد البر ذكره فيما اذا خرق رجل طيلسان
رجل ثم رفاه قال صاحب الذخيرة ان قومه صحيحا
ومرفوا او ضمنه فضل ما بينهما يقال رفيت الثوب

ورفوته وبعضهم يقول رفأته اذا اصلحه هدم رجل دار
غيره لاطفاء حريق وقع في البلد فانهدم شيء بركوبه
لم يضمن الى ما انهدم بسببه لان ضرر الحريق عام
فكان لكل دفعه اي ولو بارتكاب ضرر خاص لان الضرر
الخاص يتحمل لدفع الضرر العام فهو كما اذا حمل العدو على
المسلمين فدفع رجل منهم ذلك العدو بمال غيره حتى
تلفت فانه لا يضمن من قيمتها شيئا افاده المحجوبي
وفي المحيط حريق وقع في محلة فهدم انسان دار رجل بغير
امر صاحبها حتى انقطع الحريق من داره فهو ضامن ان
يفعل ذلك بامر السلطان لكن لا اثم عليه في ذلك لانه
هدم ملك غيره بغير اذنه وبغير اذن من يلي عليه لكن
بعذر وهذا نظير المضطر يتناول طعام الغير بغير اذنه
وظاهره انه لو كان بامر السلطان لا يضمن قال الخير
الرملي ووجهه ان له ولاية عامة يصلح امره بدفع الضرر
العام اهـ وقال الشامي والظاهر انه يضمن ما هدمه
مشرفا على الهلاك نظير ما قدمه المصنف من مسالة
السفينة الموقرة تامل اهـ وفي الظهيرية رجل له هدف
في داره فرمى الى الهدف فاصاب سهمه داره فافسد شيئا
في دار رجل او قتل نفسا كان ضامنا ويكون ضمان
النفس في ماله اي دية النفس على عاقلته اي وسئل
ابو القاسم عن مرى قرية مع رجل قصب وقد اوقد رجل
نارا في السكة وتقوم مشتبا في القصب فاحترقت النار
فدخلت الدار فاحترق سطح كان فوقه حطب فاحترقت الدار
من القصب والحطب والقوم تلك حطب الى الدار فاحترقت
الدار قال ان كان هذا حطب [illegible] عليه [illegible] [illegible] نقصه

للحافر مملوكة فله اي لرب الارض الحافر نبشه اي اخراج المدفون بغير اذنه وله اي يجوز لمالك الارض تسويته من غير اخراج الميت ويضع فوقه ما شاء من بناء وزرع وغير ذلك لعدم حرمة الميت وان كانت الارض التي حفر فيها القبر مباحة وقد دفن فيها اخر بغير اذن الحافر فله اي يجب للحافر قيمة حفره اي اجر مثله وان كانت الارض وقفا فكذلك فعلم ان حكم مباحة والوقف واحد رحمتي ونقل ابو السعود عن حاشية المقدسي ان هذا اذا كانت وقفا لدفن الموتى اما اذا كانت وقفا على نحو مسجد فهي كالمملوكة تنبيه لا يجوز اخراج الميت بعد دفنه من غير عذر طالت مدة دفنه او قصرت ويجوز بالعذر كان يظهر ان الارض مغصوبة واتى المالك الا الاخراج واخذها بالشفعة لان كثيرا من الصحابة دفنوا بارض الحرب ولم يخرجوا نجوا افاده صاحب شرح تنوير الاذهان ولا يكره دفن الميت في قبر حفر لغيره لو كانت الارض متسعة واما لو كانت الارض ضيقة فالحافر احق به فتكره مزاحمته ولو دفنه لا يخرج لانه سبق الى مباح بالاباحة الاصلية او باباحة الوقف رحمتي وقال في الولوالجية رجل حفر قبرا في مقبرة وقف فاراد الاخر ان يدفن فيها ميته ان كان في المكان سعة لا يزاحم الاول وان لم يكن فله ان يزاحم ولو دفن في الوجه الاول لا يكره هكذا قال الفقيه ابو الليث لان الحافر الذي حفر لنفسه لا يدري باي ارض يموت

هـ ولا يجوز لشخص التصرف في مال غيره بلا اذنه ولا ولاية الا في مسائل مذكورة في الاشباه لا يرى انه يجوز للولد والوالد الشراء من مال المريض ما يحتاج اليه بغير اذنه قال في الايضاح شرح الفروع قال ابو يوسف اذا مرض الرجل فاشترى له

ابنه

ابنه او والده بغير امره ما يحتاج اليه المريض جاز استحسانا ولا يجوز في المتاع لان الاذن ثابت باعتبار العادة فيما يحتاج اليه من الطعام والدواء فصار كالمصرح به وكذا اذا كان في سفر فاشترى رفيقه لانه بمنزلة اهله في السفر اهـ الثانية اذا انفق المودع على ابوي المودع بغير اذنه وكان في مكان لا يمكن استطلاع راي القاضي لا يضمن استحسانا واطلق في الكنز الضمان وهو محمول على ما اذا امكن استطلاع راي القاضي ولم يطلعه الثالثة مات بعض الرفقة في السفر فباعوا قماشه وعدته وجهزوه بثمنه وردوا البقية الى الورثة فانفقوا عليه من ماله لم يضمنوا استحسانا وهي واقعة اصحاب محمد ذكره الزيلعي في اخر النفقات وفي خزانة الاكمل فان جاء ورثته فوجدوا المتاع ان شاؤوا اجازوا وان شاؤوا اخذوه ولا يضمنون على رفيقه ولكن ان كان معه طعام اخذ العبد من غير دفعه اليه ولذا الوارث يشتري من دراهمه سيده ما يحتاج اليه يعني من الطعام كذا في شرح السير وروي ان جماعة من اصحاب محمد حجوا فمات واحد منهم فباعوا ما كان معه فلما وصلوا الى محمد سالهم فذكروا له ذلك فقال لو لم تفعلوا ذلك لم تكونوا فقهاء والله يعلم المفسد من المصلح كذا في حاشية الشيخ صالح تتمة متى ما ذكر ذكرنا للمسجد وقاف ولم يكن له متولي فقام واحد من اهل المحلة وانفق على المسجد يعني من غلته وقافه ما يحتاج اليه من حصر وحشيش لا يضمن ما بينه وبين الله تعالى اما في الحكم فهو ضامن ولد الورثة الكبار اذا انفقوا على الصغار ولم يكن هناك وصي فانهم متطوعون في الحكم لا فيما بينهم وبين الله تعالى ونظيره ما هي ذكره والدين على الميت فقضاه الوارث من ماله ما هي

٦٥

والورثة بريأتم اهـ ونظيره ما سبق لو ذبح شاة قصاب
ان شدها للذبح فانه لا يضمن والاصح نقصان تفاوت
ما بين كونها حية ومذبوحة وكذا الراعي اذا ذبح شاة قرب
موتها فان اختلفا في كونها قربت منه اولا فالقول للمالك
واختلف التصحيح فيما لو ذبح اجنبي شاة شخص قرب
موتها والمختار للفتوى الضمان ومن النظائر لو وضع قدرا
على كانون فيه لحم ووضع الحطب فاوقد غيره وطبخه
وكذا لو طحن بر جعله في زورق وربط الحمار فساقه
حتى طحنه ومنها اذا سقط حمل انسان عن دابته في الطريق
فحمله انسان بغير اذن المالك فهلكت الدابة لا يضمن لان
الاذن ثابت دلالة قال ابو السعود ينبغي تقييد عدم
الضمان بما اذا لم يكن تلف الدابة مضافا الى تحميله بان كان
ممن له خبرة بالتحميل حتى لو لم يكن كذلك يضمن لكون
التلف حينئذ ناشئا عن فعله ومنها زارع زرع الارض
ببذره فلم ينبت حتى سقاه ربها بلا امره فالخارج بينهما
لانه لما هيأه للسقي صار مستعينا بكل من قام به فكان
ماذونا دلالة وكذا لو سقاها اجنبي والمسألة بحالها حوى
ونقل بعض محشي جامع الفصولين وكذا لو اعانه في رفع
الجرة فانكسرت بينهما كمسألة الدابة قال وكذا لو فتح
فم قربة ارضه فسقاها حين سدها صاحبها ومنها
احرام رفيقه لاغمائه وسقي ارض بعد بذر الزارع وليس منها
سلخ الشاة بعد تعليقها للسلخ اهـ ومنها الماذون
في التجارة لو مات مولاه فانفق في الطريق لم يضمن ومنها
لو فتح جرة غيره فانكسرت ضمن ولو رفعها صاحبها واما لها
الى نفسه ثم اخرها انه فانكسرت لا ومنها ذبح اضحية

غيره في غير ايامها لا يجوز ويضمن ولو في ايامها يجوز ولا يضمن
استحسانا وفي القنية اخذ احد الشريكين حمار صاحبه الخاص
وطحن به فانه لم يضمن للاذن دلالة قال عرف بجواب
هذا انه لا يضمن فيما يوجد الاذن دلالة وان لم يوجد صريحا
كما لو فعل بحمار ولده او بالعكس او احد الزوجين وارسل
جاريته في حاجته فابقت اهـ غصب رجل حمارة او اتانا
فتبعها اي الحمارة جحشها فاكله اي الجحش الذئب ضمنه
اي ضمن الغاصب الجحش الذي اكله الذئب ان ساق الجحش
كما في عماياه اي الغاز الوهبانية شعر وغاصب شيء ليس
يضمن غيره يعني اي رجل غصب شيئا وضمن ملكا للمغصوب
والحال انه ليس له اي للغاصب فعل يتعلق فيما ضمنه مما
يتغير اي المغصوب به وهذه المسألة نقلها العلامة ابن شحنة
عن فتاوى القاضي وملخصه ان من غصب حمارة فاستتبعها
ولدها جحش فاكل الجحش الذئب فان لم يتعرض للجحش بسوق
فلا ضمان عليه وان ساقه ضمن قيمته مع انه لم يستعمله ونظر فيه
بانه وان لم يفعل في الجحش شيئا مباشرة فهو متسبب متعد
قال قاضيخان ينبغي ان يضمن قيمة الجحش هنا لانه صار
غاصبا له وان لم يفعل فيه فعلا الا ترى انهم قالوا اذا غصب
عجولا فاستهلكها حتى تبين انها نقصت فانه يضمن قيمة
العجول وما نقص من البقرة قال وهذا وان كان فيه نظر لما في
واقعات الناطفي فيمن منع غيره من سقي زرعه حتى يبس
لا يضمن فينبغي في مسألة العجول كذلك وههنا يضعف
كذلك ولو كان يضمن فالفرق بينهما واضح لانه ضامن هلاك
وهلاك جزء من البقرة يضاف الى غاصب العجول لانه لم يفعل
فعلا اخر يضاف فيه ولذلك في مسألة الجحش لا ان التلف

يضاف إلى البئر فلو ضمن إنما يضمن بالغصب ولم يوجد على
ما ذكرنا لكن مع هذا ينبغي أن يضمن في الجحش لما ذكرنا أنه لا إسياق
الا بسوق الام فصار سائق الام سائق الجحش فيضمن فليتخلص
الجواب اه مسالة الجحش على قول قاضيخان ومسالة البقرة
بالاتفاق اه وغاصب نهر هل لذي للغاصب منه أي النهر
المغصوب شربه والتوضي به والجواب أنه إن كان حوله من
موضعه كره الشرب منه والتوضي لظهور اثر الغصب بالتحويل
والا جاز ذلك لان حق كل واحد في التوضي والشرب ثابت
فيه قال ابو الليث وهذا جواب المشايخ ولم يذكر عن المتقدمين
فيه شي وهو مذكور في شرح الخاصي وغيره وهل يراد هل
يوجد نهر طاهر لا يطهر مع كونه جاريا الجواب نعم يوجد
بحر جار أبيض طاهر غير مطهر والمراد به الفرس السريع فانه
يسمى نهرا وبحرا أيضا واستدل لذلك بقول بعضهم في قول
الله تعالى وهذه الانهار تجري من تحتي أي الخيل وبقوله
صلى الله عليه وسلم في فرس أبي طلحة إن وجدناه لبحرا
ذكره عبد البر رحمه الله تعالى ورضي عن المسلمين برضا
لا اسخط بعده امين فصل غيب بمعجمة
مبني للفاعل أي اخفى الغاصب وأشار به إلى رفع ما يتوهم
من أن الحكم في إخفائه غير الحكم في خيانته بغير إخفاء الغاصب
له كاباق العبد المغصوب فانه اذا ضمن قيمته ملكه وفي العناية
لو قتل انسان من الغاصب بغير امره وادى الضمان فالقيمة له
وفي الينابيع ولو ابق العبد من الغاصب فالحكم على الموقوف
عند ابي يوسف ولا يرجع به على الغاصب وقال محمد يرجع
على الغاصب اه فتنبه باتحاد الحكم فيهما وصرح بالمتوهم
ما غصبه الغاصب واحترز به عما ذكر في غاب المغصوب

روى

روى ابن سماعة عن محمد للقاضي أن يأخذ المال من الغاصب
والسارق اذا كان المالك غائبا ويحفظ عليه فان ضاع
ثم خاصم صاحب المال فله أن يضمن الغاصب ولا يبرأ بأخذ
القاضي اه وفي الخانية غاب المغصوب منه فطلب الغاصب
من القاضي أن يأذن له بالانفاق ليرجع بذلك على
المالك لا يجيبه القاضي إلى ذلك والنفقة تكون على الغاصب
ولو قضى القاضي بالانفاق على المغصوب منه لا يجب عليه
منه شي وان رأى القاضي أن يبيع العبد والدابة ويمسك الثمن
فلو فعل ذلك صح اه وفي المحيط واذا لم ينفق عليها حتى
ولم يظفر بالمالك قال فيحبس المغصوب إلى أن يجيء
صاحبه فاذا انقطع رجاؤه من مجيء صاحبه تصدق به إن شاء
والاحسن أن يرفع ذلك إلى الامام ثم يرى رأيا فالاحسن أن لا
يقطع عليه رأيه وضمن قيمته أي قيمة المغصوب وظاهره
الاطلاق فيعم ما إذا ضمن بقضاء القاضي وبغيره لكنه
حيث أراد المالك التضمين والا فله أن يصبر إلى أن يوجد
كما في العناية ملكه أي ملك الغاصب بعد ضمان الشيء
المغصوب عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه لأن الغصب
محظور فلا يكون سببا للملك كما في المدبر ولنا أنه ملك
مرغوب فيه وهو حكم شرعي فلا يصلح المحظور سببا له لانه
يلزم منه ترغيب الناس في تحصيل ما هو مرغوب فيه لهم
ولا نجوز اضافة مثله إلى الشارع فوجب ان لا يكون سببا لـ
أدنى درجات السبب أن يكون مباحا كيلا يلزم الترغيب
في تحصيل الحرام ولانه فيه لانه منهي عنه بقوله تعالى ولا تأكلوا
أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم
والغصب ليس بتجارة عن تراض فكان باطلا والباطل لا يفيد

ان للغاصب بعد الضمان الاكساب لا الاولاد وهذا التفريع
على ثبوته مستندا اذ المستند ثابت من وجه دون وجه لان الملك
ثبت شرطا للقضا بالقيمة والولد غير مضمون بالقيمة اي قيمة
المغصوب الذي قضي بها على الغاصب اذ الولد بعد الانفصال
لا يتبع الاصل بخلاف الكسب فانه بدل منفعته فكان تبعا
محضا وثبوت الحكم في التبع بثبوته في الاصل سواء ثبت فيه
قصدا بسبب او شرطا لغيره ولان ملك الكسب اسرع نفوذا
من الولد لملك الغاصب المؤجر الاجر ولو ولد المغصوب ثم
ملكه الغاصب ثم يظهر هل الثمرة كالولد ير حرره قال في العناية
ان الملك يثبت بطريق الاستناد وانه ثابت من وجه
دون وجه فلا يظهر اثره في ثبوت الزيادة المنفصلة ام بخلاف
البيع الموقوف والذي فيه الخيار حيث يملك به الزيادة المنفصلة
ايضا لانه سبب موضوع للملك فيستند من كل وجه زيلعي
واللبن والبيض وثمرة البستان زيادة منفصلة فيكون
كالولد تامل رحمتي ملخصا والقول له اي للغاصب بيمينه
فيما لو اختلفا اي المالك والغاصب في قيمته اي في قيمة
المغصوب فادعى المالك اكثر مما ادعاه الغاصب ولما كان
القول للغاصب لانه منكر للزيادة التي يدعيها المالك وفي
الخانية رجل غصب جارية وغيبها واختلفا في القيمة
فادعى المالك الغبن وادعى الغاصب الغاصب الخلف على ذلك
فقضى القاضي على الغاصب بالف لا يحل للغاصب ان يستخدمها
ولا يطاها ولا يبيعها الا ان يعطيه قيمتها تامة فان اعتقها
الغاصب بعد القضا بالقيمة الناقصة يجوز عتقه
وعليه تمام القيمة كما لو اعتقها في الشرا الفاسد اهـ
ان لم يبرهن المالك على زيادة فان برهن المالك على

ما ادعاه من القيمة ولا يشترط ذكر اوصاف المغصوب في دعوى
الغصب على الاصح قال محمد في الاصل اذا ادعى رجل على رجل
انه غصب منه جارية له واقام على ذلك بينة يحبس
المدعى عليه حتى يجيء بها ويردها على صاحبها قال شمس الائمة
الحلواني ينبغي ان تحفظ هذه المسالة لانه قال اقام بينة انه
غصب جارية ولم يبين جنسها وصفتها وقيمتها وانما كان
ذلك اصح لاجل الضرورة فان الغاصب يمتنع عن احضار
المغصوب عادة وحين يغصب انما يتاتى من الشهود معاينة
فعل الغاصب دون العلم باوصاف المغصوب فسقط عنهم
علمهم بالاوصاف لاجل التعذر وثبت بشهادتهم فعل الغصب
في محل هو مال متقوم فصار ثبوت ذلك بالبينة كثبوته
باقراره فيحبس حتى يجيء به وعلى هذا لا يحتاج ان يدل
الى قول الاعمش وهو ما قال تاويله ان الشهود شهدوا
على اقرار الغاصب بذلك فاما الشهادة على فعل الغاصب
فلا تقبل مع جهالة المغصوب لان المقصود اثبات الملك
للمدعي في المغصوب والقضا بالمجهول غير ممكن كذا في الخانية
او برهنا اي برهن الغاصب على الاقل والمالك على الاكثر
فللمالك اي فتقبل بينة المالك لاثباتها الزيادة وتوجهت
عن اقامة البينة وطلب يمين الغاصب ولو اقام الغاصب بينة
تشهد بقيمة المغصوب موافقا لما ادعاه الغاصب
لا تقبل بينة الغاصب لقيامها على نفي الزيادة والبينة
على النفي لا تقبل ذكره في النهاية عن بعض المشايخ ينبغي
ان تقبل بينة الغاصب لاسقاط اليمين وقد تقبل البينة
لاسقاط اليمين الا ترى ان المودع اذا ادعى رد الوديعة يقبل
قوله ولو اقام البينة تقبل بينته لاسقاط اليمين [illegible]

بل يحلف على دعوه حيث [illegible] نقل في النهاية عن [illegible]

المسالة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه
المسالة وبين مسالة الوديعة وهو صحيح بل لان
المودع ليس عليه الا اليمين وباقامة البينة اسقطها وليست
مخصومة واما الغاصب فعليه هنا اليمين والقيمة وباقامة
البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون في معنى المودع كما في العناية
قال بعض المحققين وفيه نظر فانه انما يتم ذلك لو لم يكون
الغاصب في هذه المسالة كالمودع من جميع الوجوه حيث
وجب على الغاصب اليمين والقيمة ولم يجب على المودع الا
اليمين وهذا لاينافي صحة قياس هذه المسالة على مسالة
الوديعة في قبول البينة لاسقاط اليمين لان لا تفاوت بينهما
في هذه الجهة كما في صحة القياس ولا يضرها وجوب القيمة
على الغاصب لان الواجب عليه فيما اذا عجز عن اقامة البينة
على الاكثر انما هو الاقل الذي كان معترفا به وليس مقصوده
من اقامة البينة عليه الا مجرد اسقاط اليمين عن الزيادة
عن نفسه واذا حصلت هذه الفائدة صار في معنى المودع
من جهة اتحاد فايدة قبول البينة فتدبر اه وقال العلامة
المقدسي قد اشتهر على الالسنة في رد الاقيسة ان يقال
هذا قياس مع الفارق والفرق واضح هنا التوجه الخصومة
ووجوب القيمة في الغصب فاذا برهن كان المقصود
منه نفي الزايد والبينات للاثبات لا للنفي واما المودع
فالقول قوله في الرد لكونه امينا واليمين لنفي التهمة عنه
اه وفي الخلاصة في المتفرقات من الغصب اراد الغاصب
اقامة البينة على قيمته فقال المالك احلفه ولا اريد البينة
له ذلك اه ونقل الشيخ [illegible] تحت قول المصنف في اوايل
كتاب الغصب ولو ادعى الغاصب الهلاك عن البحر ذكره

قيل

قبيل قول صاحب الكنز في كتاب الدعوى ولا ترد يمين
على مدع ونقل عن المحيط انه ذكر محمد في الاستحلاف من
الاصل اي جواهر الفتاوى انه لو قال الغاصب او قال المودع
بالفتح المتعدي قيد به لانه لا ضمان في الوديعة الا بالتعدي
لا اعرف قيمته اي قيمة الشيء المغصوب او قيمة ما اودعته
لكن علمت انها اي قيمته اقل مما يقوله اي مما ادعاه الغاصب او
المودع بالكسر فالقول للغاصب لانكاره الزيادة بيمينه وقيس
على الغاصب لان المودع بتعديه صار غاصبا وفي عبارة
الجواهر فانه يحلف على دعوى المدعي فان لم يحلف يكون حكمه
حكم النكول يحكم عليه بعد العرض ثلاثا ويجبر الغاصب
والمودع بالفتح على البيان اي بيان ما ادعاه من الاقل لانه
اقر بقيمة مجهولة فان لم يبين الغاصب والمودع ما يقيمه
على البيان بل ما زال يقول ان قيمته اقل مما ادعاه المالك وكان
المالك ادعى مثلا قيمته مائة حلف الغاصب والمودع على الزيادة
اي على ما يدعيه المالك بان يقول والله ما كانت قيمة
ثوبه مائة فان نكل الغاصب والمودع عن يمينه لزمه ذلك
لزمته اي لزمه ما ادعاه المالك وان حلف يحلف المالك ايضا
ان قيمة ثوبه مائة ويوخذ من الغاصب مائة هذا في البحر
والمنح وهذا عندي مشكل لان الغاصب اذا حلف انه لم
يكن قيمة ثوبه مائة اعتبر يمينه حيث لا بينة للمالك
وعند اعتبار يمينه لا يلزمه ما ادعاه المالك اصلا ولعل
العبارة في الاصل وان نكل الغاصب عن اليمين على
ما ادعاه المالك يحلف المالك وينقضي لزم على الغاصب
بما ادعاه وحلف عليه وهذا [illegible] عبارة [illegible] فليتفقد
فلينتبه وقد نبه على هذه الشبهة ما ذكره محمد [illegible]

والشارح تبع ظاهر عبارة البحر والنهر فقال ولو حلف المالك ايضاً
اي بعد ما حلف الغاصب على الزيادة اخذها اي اخذ المالك الزيادة
التي انكرها الغاصب او المودع قال في التتارخانية وحكي عن الامام
الحاكم ابي محمد   انه كان يقول ما ذكر من تحليف

بياض في الاصل

المغصوب منه واخذ المالك بيمينه من الغاصب ما هذا بصحيح
وكان يقول الصحيح من الجواب في هذه المسالة اذا اخبر
الغاصب على بيان القيمة فابى ان يرفعه القاضي وينزل له
كل ما يصلح ان يكون قيمة الثوب فيقول له اكانت قيمته ماية
فان قال لا فيقول اكانت قيمته خمسين فان قال لا فيقال اكانت
قيمته خمسة وعشرين فان قال لا فقال اكانت قيمته عشرين
الى ان ينتهي الى اقل ما لا يجوز ان تنتقص منه قيمة الثوب في العرف
والعادة فاذا انتهى الى ذلك لزمه ذلك وجعل القول قوله
في الزيادة بيمينه اه ثم ظهر ان المغصوب بعدما اخذ المالك
القيمة يوجب دعواه فللغاصب الخيار ان شاء اخذ المغصوب
ورفع القيمة الى مالكه اي مضى ما دفعه الى المالك من قيمته
او رده اي ان شاء الغاصب رد المغصوب واخذ القيمة التي
كان دفعها الى مالكه وهو اي هذا المذكور جميعا من خواص كتابنا
هذا من كلام صاحب البحر فليحفظ فان ظهر المغصوب بعد
التضمين وهي اي والحال ان قيمته اكثر مما ضمن او كانت مثله
او كانت دونه على الاصح عناية فالاولى ترك قوله وهي اكثر
قال في البحر ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه
في هذا الفصل وهو ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه
فكذلك الجواب اي فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان
شاء اخذ العين ورد العوض في ظاهر الرواية وقال الكرخي
لا خيار له في استردادها لانه توفر عليه بدل ملكه بكماله

وهو

وهو اي ظاهر الرواية الاصح انه لم يتم رضاه بزوال العين من
ملكه حيث لم يعط ما يدعيه من القيمة وما لم يتم رضاه لم يبطل
الخيار عناية اه والحال انه قد ضمنه الغاصب بقوله
مع يمينه لانكار الغاصب الزيادة اخذه اي المغصوب المالك
ويرد المالك عوضه الذي كان اخذه في حال غيبته وللغاصب
حبسه حتى ياخذ القيمة التي دفعها لانها مقابلة به حوي
والعوض اعم من ان يكون مثليا وقيميا وان شاء المالك امضى
الضمان بان يحبس القيمة التي قد كان اخذها ويسلم المغصوب
بعد ظهوره الى غاصبه ولا خيار للغاصب قال السيد احمد
يؤخذ مما ذكره هنا بطريق الاشارة ان له الخيار فيما اذا ضمن
بقول المالك واخويه اه يعني وبيمينه ونكوله والله
تعالى اعلم ولو ظهر المغصوب بعد التضمين وكانت قيمته
اقل فكذلك لا خيار للغاصب ايضا للزومه اي للزوم ما ضمنه
ودفعه الى مالكه باقراره لان المسالة مفروضة فيما اذا ضمنه
الغاصب بقول نفسه ذكره الزيلعي ثم متى ملكه بالضمان
فله خيار عيب وخيار رؤية اي في عين المغصوب لان
ضمان الغصب ضمان معاوضة مجتبى ولو ظهر المغصوب
وقيمته اكثر وضمن الغاصب قيمته بقول المالك بان تصادقا
عليه حوي او برهانه اي ببينة اقامها المالك او نكول الغاصب
عن اليمين بان القيمة ثبتت كما يدعي المالك حوي فهو اي
المغصوب له اي للغاصب ولا خيار للمالك في ان يرد القيمة
وياخذ المغصوب لرضاه حيث ادعى المالك هذا المقدار
فقط فتم ملك الغاصب برضى المالك حيث سلم له ما ادعاه
والعقد يلزم اذا وجد الرضا ولا خيار للغاصب لرضاه
حيث اقدم على الغصب رحمتي وان باع الغاصب المغصوب

فضمنه المالك اي بعد بيع الغاصب نفذ بيعه وفي العمادية
من الرابع والعشرين من باع ملك غيره ثم اشتراه من مالكه
وسلم الى المشتري لا يجوز ويكون البيع باطلا لا فاسدا وانما
يجوز اذا تقدم سبب ملكه على بيعه حتى ان الغاصب اذا
باع المغصوب ثم ضمنه جاز بيعه اما لو اشتراه الغاصب
من المالك او وهبه له او ورثه منه لا ينفذ بيعه كما في الاستروشنية
وفي موضع اخر من غصب شيا وباعه فان ضمنه المالك قيمته
يوم الغصب جاز بيعه وان ضمنه قيمته يوم البيع لا ينفذ بيعه
اه وفي المحيط واذا باع الغاصب المغصوب من رجل واجاز
البايع صحت الاجازة اذا استجمعت الاجازة شرايطها وهي
قيام البايع والمشتري والمعقود عليه وان كانت الاجازة
قبل الخصومة عند ابي حنيفة ولا يشترط قيام الثمن في ظاهر
الرواية اذا كان البيع بالدراهم والدنانير وان كان المالك قد
خاصم الغاصب في المغصوب وطلب من القاضي ان يقضي
له بالملك ثم اجاز البيع فعلى قول ابي حنيفة لا تصح اجازته
هكذا ذكر شمس الايمة الحلواني وشيخ الاسلام خواهر زاده
وذكر شمس الايمة السرخسي في شرحه ان الاجازة صحيحة
في ظاهر الرواية فان كان لا يعلم قيام البيع وقت الاجازة
بان كان قد ابق من يد المشتري ذكر في ظاهر الرواية ان الاجازة
صحيحة فان كان الغاصب قد قبض الثمن وهلك في يده
ثم اجاز المالك البيع هلك الثمن على ملك المغصوب منه
اعتبارا للاجازة في الانتهاء بالاذن في الابتداء وفي الخلاصة
ولو ملك الغاصب المغصوب من جهة المغصوب منه ببيع
او هبة او ارث بعدما باعه من غيره بطل البيع بطريان
الملك البات على الملك الموقوف وقال محمد رح في الجامع رجل

غصب

غصب من رجل جارية وغصب اخر من رب الجارية عبدا
وتبايعا العبد بالجارية وتقابضا [illegible] المالك فاجازه
كان باطلا ولكن [illegible] كان
جايزا او صارت الجارية لصاحب الغلام والغلام لصاحب
الجارية وعلى غاصب الغلام قيمة الغلام لمولاه وعلى غاصب
الجارية قيمة الجارية لمولاها ويجعل كانه اذن المالكين
في الابتداء بان قال صاحب الغلام للذي غصب الجارية
[illegible] وقال صاحب الجارية لغاصبها اشتر
غلام فلان بجاريتي هذه كان الجواب كذلك رجل
غصب من اخر مائة دينار وغصب اخر من رجل اخر
الف درهم ثم تبايع الغاصبان الدراهم بالدنانير
وتقابضا ثم تفرقا ثم حضر المالك فاجازه جاز كذا في المحيط
وفي المزيد في كتاب الغصب اشترى جارية فاستولدها
ثم استحقت فالولد حر الاصل وعليه للمولى قيمة الولد
هكذا قضى عمر رض بمحضر من الصحابة وتعتبر قيمة الولد
يوم الخصومة ولو مات الولد وترك ميراثا فميراثه لابيه ولا
يجب عليه لكونه شيء غصب من رجل جارية وباعها من غيره
والمشتري لا يعلم بكونها مغصوبة فوطئها المشتري وولدت
ولدا وماتت في يده ثم اقام المغصوب منه البينة على ان الجارية
جاريته فللمالك ان ياخذ المشتري [illegible] ان شاء ضمن البايع
او تضمين المشتري وفي [illegible] اذا وجب العقر
ثم هلكت الجارية وتعذر ردها فلو ضمن على الوجوه هل يملك
العقر فيه روايتان والغصب يبطل البيع الفاسد فيكون في
الغصب في العقر روايتان [illegible] رجل غصب عبدا
فباعه من رجل بخمسمائة الى الحصاد والعبد معروف للمغصوب

منه فقال المغصوب منه للغاصب انك قد اشتريت مني
هذا العبد بالف درهم حالة فقبضته مني ثم بعته
هذا الرجل بخمسمائة درهم الى سنة وقال الغاصب
ما اشتريته منك قط ولكنك امرتني فبعته بخمسمائة
درهم الى سنة بامرك والمستقر عند المشتري فالعبد
سالم للمشتري لانهم اتفقوا على صحة شرائه ولا ضمان
على الغاصب بسبب الغصب لانه تعذر الرد على المالك
وكان لمعنى من جهته وهو اقراره ببيعه من الغاصب
ويحلف الغاصب بالله ما اشتريته فان حلف
لا شيء عليه وان نكل كان عليه الثمن الذي ادعاه م
المغصوب منه وان كان العبد قد مات عند المشتري
وباقي المسألة بحالها [illegible] يحلف كل واحد منهما على
دعوى صاحبه فان كان هذا الغاصب وهب هذا
العبد من رجل وسلمه اليه ثم ادعى انه فعل ذلك
بامر المغصوب منه فقال المغصوب منه بعت منك
بالف ثم وهبته فهو على التفصيل الذي قلنا في البيع ولو
كان الغاصب ضرب العبد فقتله ثم قال الغاصب
ضربت بامر المالك وقال صاحب العبد لا بل بعته
منك فضربت ملك نفسك فيحلف الغاصب والا فان
نكل لزمه الثمن وان حلف ضمن القيمة لتعذر الرد
لمعنى من جهة الغاصب ثم يحلف المالك فان نكل
بطلت القيمة وان حلف فله قيمته على الغاصب وهو
نظير الهلاك فيما تقدم كذا في المحيط وان حرر
الغاصب العبد المغصوب فيد بالغاصب لانه حر لو
المشتري من الغاصب نافذ في الاصح عناية اذا اجاز

المالك البيع او ضمن الغاصب القيمة وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف لانه عتق ترتب على سبب ملك تام بنفسه
موضوع له فينفذ العتق بنفوذ السبب والدليل على
انه تام ان الاشهاد يشترط في النكاح الموقوف عند العقد
لا عند الاجازة ولو لم يكن تاما لاشترط عند الاجازة
وكذا لو تصارف الغاصبان وتقابضا وافترقا واجاز
المالك بعد الافتراق جاز الصرف وكذا المبيع يملك عند
الاجازة بزوائده المتصلة والمنفصلة ولو لم يكن تاما
بنفسه لما كان كذلك زيلعي وقال محمد وزفر لا يصح
اعتاق المشتري كالغاصب ثم ضمنه المالك لا ينفذ
عتقه لان الملك ثابت له ناقص وذلك لانه يثبت الملك
للغاصب مستندا او ضرورة فكل ذلك ثابت من وجه
دون وجه ولهذا لا يظهر الملك في حق الاولاد ويظهر
في حق الاكساب لما قدمنا من ان الولد اصل من وجه
تبع من وجه قبل الانفصال وبعده اصل من كل وجه
والكسب تبع من كل وجه لكونه بدل المنفعة وهي [illegible] محض
وثبوت الحكم في التبع بثبوته في الاصل سواء اثبت فيه قصدا
بسببه او بشرط الغصب ولان ملك الكسب اسرع نفوذا
من الولد لملك الغاصب الموجب الا حر ولو لم يكن يملك
والملك الناقص يكفي لنفاذ البيع لا العتق الا ترى ان
البيع ينفذ من المكاتب والمأذون لا العتق منهما وزوائد
المغصوب مطلقا متصلة كانت كسمن بعض لو غصب
عبدا هزيلا ثم سمن في يد الغاصب بحيث غلت قيمته
مما كانت وقت الغصب ثم عاد هزيلا في يد الغاصب وهي
بضم المهملة وسكون السين وسنه زوال [illegible]

منها او كانت زيادة منفصلة كدر بفتح المهملة ونسل بر الراي لبن الدابة المغصوبة وثمر الشجرة المغصوبة لا الاكساب الحاصلة باستغلال الغاصب فانها غير مضمونة وان استهلكها لانها عوض عن منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا كما ياتي فكذا ابدالها كفاية امانة في يد الغاصب لا تضمن تلك الزوايد مطلقا الا بالتعدي من الغاصب فلو قتله الغاصب ضمن مع الزيادة ذكره ابن ملك رجل غصب جارية وارضعت ولدا له لا يضمن قيمة لبنها كذا في الذخيرة او تضمن بالمنع بعد طلب المالك كما تضمن الامانات وقال الشافعي رح هي مضمونة على الغاصب مطلقا لانها متولدة من عين مضمونة مثلها لما عرف ان الاوصاف الشرعية تسري من الاصل الى ما يتولد منه الا ترى ان ولد ام الولد والمدبرة والمكاتبة والقنة والحرة يسري اليه حكم امه حتى يكون حكمه كحكمها ولذا ولد الظبية المخرجة من الحرم يسري اليه حكم امه ولان الغصب هو اثبات اليد على ملك الغير بغير اذن مالكه وقد تحقق ذلك في الزوايد فيجب تحققه في الاصل فكان مضمونا كالاصل وصار كولد الظبية المخرجة من الحرم ولنا ان الغصب ازالة يد المالك باثبات اليد عليه ولا يتحقق ذلك في الزوايد لانها لم تكن في يد المالك حتى يزيلها عنه فلم يتحقق تفويت اليد فلا يصير غصبا فلا يضمن الا بالتعدي او بالمنع عند طلبه لان المنع تعدي وانما يضمن ولد الظبية لوجود المنع منه لان الرد الى الحرم حق الشرع وهو مامور به كما اخرجها فيكون متعديا بالامتناع عن الرد حتى لو هلك قبل تمكنه من رده الى الحرم لا يضمن لعدم المنع على هذا

اكثر

اكثر المشايخ ولو قلنا بوجوب الضمان مطلقا كما هو مراد اولا فهو ضمان اتلاف لان الصيد في الحرم كان امنا ببعده عن ايدي الناس وقد فوت عليه الامن باثبات اليد عليه فتحققت الجناية عليه بذلك ولهذا لو اخرج جماعة من المحرمين صيدا واحدا من الحرم يجب على كل واحد منهم جزاء كامل لتحقق الجناية منهم ولو كان من باب الغصب لما وجبت عليهم الا قيمة واحدة يوضحه انه يجب الجزاء بالاعانة والاشارة والدلالة لازالة الامن فلا يجب باثبات اليد عليه وهو فوقها جناية اولى واخرى زيلعي وفي العناية واعترض على الدليل بانه يقتضي ان يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لا فرق بينه وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يده فولدت والرواية في الاسرار واجيب بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير سلمنا ذلك لكن لا ازالة ظاهرا وقال الحدادي في جوهرته ثم حدوث الولد على وجهين ان حدث في يده بعد الغصب فهو امانة الا ان يتعدى فيه او يمنعه منه ولا فرق بين ان يغصبها حاملا او حايلا فان الولد امانة لان الحمل لا قيمة له والوجه الثاني ان يغصبها والولد معها فانه يضمن الولد لانه قد وقع عليه القبض الموجب للضمان اهـ قال الخير الرملي رحمه علم انها لو ولدت في يد الغاصب نقصها او ولدها او ولدها فقط غاصب اخر انه يضمن الاصل والولد لوقوع القبض الموجب للضمان فيه فلو ردها على الغاصب الاول برئ عن الضمان فيها وعاد

الاصل الى ضمانه دون الولد وهي واقعة الفتوى فتامل
اه وفي تكملة الطوري ولو غصب جارية فولدت عند
الغاصب ثم غصبها وولدها من الغاصب رجل اخر فضمن
المالك الغاصب الاول قيمة الام فللغاصب ان يضمن
الثاني قيمة الام والولد ويتصدق بقيمة الولد ولو
ولدت في يد الغاصب بجحدها وولدها يضمن قيمتها
يوم غصبها وولدها يوم الجحود وقول الشارح لانها امانة
فيه جعل الدعوى دليلا ولو قال لعدم تحقق الغصب
فيها لكان اوضح وسقط هذا التعليل من بعض النسخ
والحاصل ان الزوايد لما كانت امانة لعدم وجود
حد الغصب فيها من ازالة اليد المحقة لانها لم تحصل الا في
يد الغاصب بايجاد الله تعالى ولا صنع للغاصب في الحرث
الولد فصار كما اذا هبت الريح على ثوب انسان فالقته
في حجر غيره فانه لا يكون مضمونا عليه لانه لم يوجد
الصنع من جهته ولكونه يكون واجب الرد الى مالك الاصل
واذا فوت الرد بالتعدي والاكل والبيع ونحو ذلك او بالمنع
بعد الطلب يكون ضامنا وفي الكافي ولو باع الغاصب
الاصل والزوايد وسلم والزيادة منفصلة فان كان
قايما اخذه صاحبه وان كان هالكا فهو بالخيار ان شاء
ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب وان شاء ضمن
المشتري قيمته يوم القبض وليس له ان يضمن البائع
ونقل في الهندية عن محيط السرخسي انه لو باعها
وسلمها الى المشتري ففي المنفصلة بالخيار ان شاء ضمن
المالك كذا رايته ولعله الغاصب وان شاء ضمن المشتري
قيمته يوم البيع والتسليم وان استهلك الزوايد المتصلة

في غير

في غير الادمي لا يضمن الزيادة عنده خلافا لهما وهو الصحيح
وفي الوجيز وان ازداد في يد الغاصب فللمالك ان يسترده
مع الزيادة وان في سعر او بدن وانتقص ثم هلك عنده
ضمن قيمته يوم الغصب عند الكل وان كان قايما ورده
الى مالكه ان النقصان في البدن ضمنه وان في السعر لا
وان تلف بعد النقصان ضمن قيمته وقت الغصب
ولو استهلكه بعد الزيادة بان باعه وسلمه الى المشتري فهلك
عند المشتري فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه قيمته يوم الغصب
وجاز البيع والثمن للغاصب او ضمن المشتري قيمته يوم
القبض وبطل البيع وله ان يرجع على الغاصب بالثمن وليس
له على الغاصب قيمته يوم التسليم عند ابي حنيفة اه
ولو طلب المالك الزوايد المتصلة من الغاصب بان قال
سلمني حسن هذه الجارية او غنى الدابة المغصوبة لا يضمن
الغاصب تلك الزيادة لو زالت عند رد العين المغصوبة
لان رفعها استقلالا غير ممكن فلا يكون مانعا بخلاف ما لو
قال له سلمني اللبن او البيض او الولد او ثمرة البستان اذ
دفعه استقلالا ممكن فيكون متعديا بالمنع غاصبا للزوايد
فتصير مضمونة عليه واما لو طلب الزوايد المتصلة مع
الاصل بان قال سلمني الجارية التي ازداد حسنها والدابة
بعد سمنها فمنعه ينبغي ان يكون السمن والحسن مضمونا عليه
كما ان الاصل مضمون عليه لانه صار غاصبا له بعد حدوثه
بحر رحمتي وما نقصته الجارية المغصوبة بسبب
الولادة في يد الغاصب بسبب لم يكن عند المولى كما سياتي
في مسالة الزنا والامة المغصوبة من ابعاض ذلك مضمونة
انه كان ذلك النقصان مضمونا على الغاصب ويجبر

ولد النقصان بولدها اي بقيمته ان نزل حيا او بغرته
ان ضرب رجل بطنها فالقت الجنين ميتا وجب عليه غرته
ويجبر بها نقصانها ان وفى اي ان وفت قيمة الولد او غرته
به اي بنقصان الام بالولادة وان كان الضارب لبطنها
مالكها تجب الغرة على عاقلته ويجبر بها النقصان ويسقط
ضمانه عن الغاصب وما زاد من القيمة عن جبر النقصان
فللمالك لانه نما ملكه فان اخذها الغاصب كانت مضمونة
عليه لوجود قبضه لمال الغير بغير اذنه رحمه والاية
وان لم تكن بقيمته او غرته وفاء بالنقصان تسقط عن
الغاصب بحسابه ويلزم تمام النقصان وقال زفر والشافعي
لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فكيف يجبر ملكه
بملكه فصار كولد الظبية المخرجة من الحرم وكما لو هلك
الولد قبل الرد او هلكت الام بالولادة او غيره من الاسباب
وكما لو جز صوف شاة غيره او قطع قوائم شجر غيره
فنبتت مكانه غيره وخصى عبد غيره فازدادت قيمته
به او علمه فاضناه التعليم وان زادت به قيمته فانه
يضمن الجزء الفائت ولا يجبر بالزيادة التي حصلت به
وان كان سبب النقصان والزيادة متحدا ولنا ان سبب
النقصان والزيادة واحد وهو الولادة لانها اوجبت
فوات جزء من مالية الام وحدوث مالية الولد لان الولد
انما صار مالا بالانفصال وقبله لا يعتد به الا ترى انه
لا يجوز التصرف فيه بيعا وهبة ونحوه فاذا صار مالا
به انعدم ظهور النقصان به فانتفى الضمان فصار كما
اذا شهد الشهود بالبيع بمثل القيمة او اكثر ثم رجعوا عن
الشهادة لا يضمنون لانهم اخلفوا بالشهادة قدر ما اتلفوا

بها

بها فلا يعد اتلافا لاتحاد السبب كذا هذا وكما اذا قطعت يده
عند الغاصب فرده مع ارش اليد فانه يجبر نقصانه بالارش
لما ذكرنا من اتحاد السبب لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة
والنقصان كان الزيادة خلفا عن النقصان ولان الواجب
على الغاصب ان يرد ما غصب وما لبثه في غصبه من غير
نقصان فاذا فعل ذلك برئ من الضمان الا ترى انه لو غصب
جارية سمينة فمرضت عنده وهزلت ثم تعافت وسمنت
حتى عادت مثل ما كانت فردها لا ضمان عليه ولو كان
مطلق الفوت يوجب الضمان لضمن وكذا اذا اسقط سنه
او قلعه الغاصب فنبتت مكانه اخرى فردها سقط ضمانها
عنه وقولهما وكيف يجبر ملكه بملكه يجاب عنه بان هذا
ليس بجبر في الحقيقة وانما هو اعتبار الملك منفصلا بعضه
عن بعض بعد ان كان متحدا كما اذا غصب نقرة فضة
فقطعها فانه يردها ولا شيء عليه غيرها اذا لم ينقص بالقطع
وكذا الظبية ممنوعة فان نقصانها يجبر بولدها عندنا
فلا ترد علينا وكذا لو ماتت الام وكان بالولد وفاء بقيمتها اي
يعني يبرأ الغاصب برده على مالك الام لانه لما ضمن قيمتها
يوم الغصب ملكها من ذلك الوقت فتبين ان النقص في ملكه
حصل هو الصحيح اختيارا وفي رواية عن ابي حنيفة انه
يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك
من قيمة الام وفي ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم الغصب
ووجهه ان الولادة ليست سببا لموت الام اذ لا تفضي اليه
غالبا فيكون موتها بغير الولادة من العوارض وفي تزايد
الالام وكبر الولد وضيق المخرج فلم يتحد سبب النقصان
والزيادة وكلامنا فيما اذا اتحد واما اذا مات الولد قبل الرد فلانه

لم يحصل للمالك مالية المغصوب ولا بد منه لبرآءة الغاصب
والخصي ليس بزيادة لانه غرض بعض الفسقة ولهذا لو
غصب العبد الخصي وهلك عنده لا يجب عليه قيمته خصيا
وانما يجب عليه قيمته غير خصي وكذا لو رده الغاصب
بعد ما خصاه لا يرجع على المالك بما زاد بالخصاء ولو كانت
الزيادة معتبرة لرجع عليه بالزيادة كما يرجع بما زاد الصبغ
هكذا ذكره وهذا يشير الى انه يجب عليه ضمان ما نقص
بالخصي مع رده وان ازدادت قيمته وهو مشكل فان الغاصب
اذا خصاه وازدادت قيمته لا يجب عليه ضمان ما فات
بالخصي مع رد الخصي بل يخير المالك ان شاء ضمنه قيمته
يوم غصبه وترك الخصي للغاصب وان شاء اخذه ولا
شيء عليه ذكره في النهاية معزيا الى التتمة وفتاوى قاضي خان
فكان الاوجه هنا ان يمنع بلا يلزمنا ولا اتحاد في السبب
فيما عدا ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز
وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم وسبب
الزيادة الفطنة من العبد وفهمه وكذا لو زنى الغاصب
او غيره حتى بامة مغصوبة اي مغصبها قال السيد احمد
لا حاجة اليه قلت لعله انما ذكر ذلك ليفيد اتحاد الغاصب
والزاني وليحترز عما لو زنا بامة غصبها غيره فان الضمان
على الغاصب لا على الزاني والله تعالى اعلم فحبلت عند
الغاصب فردها الغاصب على مولاها حال كونها حاملا
وكذا لو ظهر الحبل عند المولى ولم يظهر وقت الرد كما في العناية
كانت في يد المالك بسبب الولادة او في النفاس فان على
قول ابي حنيفة ان كان ظهور الحبل عند المولى لاقل من
ستة اشهر من وقت رد الغاصب ضمن الغاصب قيمتها

يوم

يوم علقت وقالا لا يضمن في الامة ايضا الا نقصان الحبل
لان الرد قد صح مع الحبل ولكنها تعيبت بالحبل فيجب عليه
نقصان العيب ثم هلاكها بعد ذلك حصل بسبب حادث
في يد المالك فلا يبطل به الرد ولا يضمن به الغاصب الا النقصان
كما في ما لو حمت في يد الغاصب فردها ثم ماتت عند
مولاها بتلك الحمى وكالمبيعة اذا اسلمها الى المشتري وهي حبلى
ولم يعلم المشتري بالحبل وماتت من الولادة لم يرجع المشتري
على البائع بشيء من الثمن اتفاقا ولابي حنيفة انه لم يردها
كما اخذها لانه اخذها ولم ينعقد فيها سبب التلف وردها
وفيها ذلك فلم يصح الرد فصار كما اذا جنت جناية في يد
الغاصب فقتلت بها او دفعت بها بعد الرد فانه يرجع
بقيمتها على الغاصب فكذا هذا بخلاف الحرة لو زنا بها
الغاصب فحبلت وماتت في الولادة او في النفاس فانه
ثمه لا يضمن اي الزاني شيئا لانها اي الحرة لا تضمن بالغصب
ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد يعني لانا نقول
بذلك فانه لا يجب ردها اصلا ولهذا لو هلكت عند
الغاصب لا يضمن شيئا فلا تقاس مسالة الامة على الحرة
وفي اصل المسالة يجب الرد والواجب التسليم كما وقع عليه
العقد سليما فيجب عليه التسليم سليما واذا كان معيبا
يجب عليه تسليم المعيب وموتها بالولادة لا ينعدم التسليم
وفي الفصل الاول الامة شرط لصحة الرد ما يرد مثل ما اخذ
لا يتقيد به فافترقا على ان كون الحكم كذلك في تسليم المبيع
ممنوع فيجب على البائع رد الثمن لاستحقاق [illegible] ولو
غصب جارية محمومة في يد الغاصب ثم ردها على المولى
محمومة فماتت في يده من تلك الحمى فانه لا يضمن الغاصب

الا ما نقصتها الحمى في قولهم جميعا كما في الخلاصة وذلك لان
الموت في الحمى انما يحصل بزوال القوى ولا تزول القوى الا بترادف
الالام فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد في يد الغاصب
فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة ولو
زنت الامة المغصوبة عنده اي عند الغاصب فردها فجلدت
فماتت به ملتبس لان الزنا الذي وجد في يد الغاصب انما
يوجب الحد المؤلم لا الجارح ولما جلدت في يد المالك بجلد
متلف كان غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن عناية
وفي محيط السرخسي ولو سرقت او زنت في يد الغاصب
ثم ردها على المالك فقطعت عنده او جلدت فهلكت من جنبه
يضمن الغاصب في حد الزنا الاكثر مما نقصها العيب
وما نقصها الزنا وفي قطع السرقة يضمن نصف قيمتها
وعندهما يضمن نقصان السرقة والزنا ولا يضمن ما
نقصها الجلد وفي الخلاصة ولو ردها حاملا على المالك
فجلدت فماتت بالجلد يضمن النقصان بالاجماع وفي
الجوهرة النيرة وان كانت زنت في يد المولى او سرقت ثم
غصبها فاخذ بحد الزنا او السرقة فماتت من ذلك فلا
ضمان عليه لانها تلفت بسبب كان في يد المولى ولو
حبلت في يد الغاصب من زوج كان لها في يد المولى فماتت
من ذلك وكذا لو كان الحبل حاصلا قبل غصبها فماتت في يد
الغاصب من الحبل لا ضمان على الغاصب لان التلف كان
بسبب في يد المولى فهو كما لو قتلها في يد الغاصب فان كان
الغاصب غصبها وهي حبلى من غير احبال من المولى ولا من
زوج كان لها في يد المولى فماتت في يد الغاصب من ذلك
ضمن قيمتها لانها تلفت في يد الغاصب بغير فعل المولى ولا

بسبب كان في يده وفي محيط السرخسي ولو غصب
جارية محمومة او مريضة او مجروحة فماتت من ذلك في يده
يضمن قيمتها بها ذلك العيب ولو زنا الغاصب بها ثم
بالامة المغصوبة واستولدها اي حبلت منه فادعاه يثبت
النسب بعد رضا المالك لان التضمين من لم حق المضمن
اورث شبهة والنسب يثبت بها كما لو زفت اليه غير امرأته
والولد رقيق لان الحرية لا تثبت بالشبهة وفي التتارخانية
ليس للغاصب ان يستخدم او يتملك من غيره حتى يختار
المولى فان اختار اخذ القيمة استأنف الاستيلاد وان اختار
اخذها بطل ما نعم من التصرف لا ان استولدها يثبت
النسب استحسانا والولد رقيق له فقد فرق بينها وبين
اختار المالك اخذها لا اخذ القيمة فتامل في وجهه
وبخلاف منافع الغصب اي المغصوب استوفاها
صورة الاستيفاء ان يستعمل العبد في خدمته شهرا مثلا
وصورة التعطيل ان يمسك العبد مثلا شهرا بلا استخدام
فانه يصير غاصبا للمنافع فانها لا تضمن عندنا
وقال الشافعي تضمن لان المنفعة مال متقوم مضمون
بالعقود كالاعيان لان المال اسم لما يميل اليه النفس
مخلوق لمصالحنا والمنافع بهذه الصفة الا ترى انه يصلح
صداقا ولم يشرع ابتغاء النكاح الا بالمال بالنص ولولا
انها مال لما صحت صداقا ولهذا جازت الاجارة من العقد
التاجر ولولا انها مال لما ملكت لانه لا يملك العقد بغير
المال ولنا ان الاعيان انما تتقوم لاعتبار
الاستغلال بها وما لا يستغلونه فليس بمال فالاعيان
مالا الا باعتبارها فليس كمن يعدم المالية فيها ومتقومة

بنفسها لان التقوم عبارة عن العزة وهي عزيزة بنفسها عند
الناس ولهذا يبذلون الاعيان لاجلها بل تتقوم الاعيان
باعتبارها فيستحيل ان لا تكون هي متقومة ولنا ان عمر وعليا
رضي حكما بوجوب قيمة ولد المغرور وانه حر واوجبا رد الجارية
مع عقرها على المالك ولم يحكما بوجوب اجر منافع الجارية
والاولاد مع علمهما ان المستحق يطلب جميع حقه وان المغرور
كان يستخدمها مع اولادها ولو كان ذلك واجبا له لما سكتا
عن بيانه لوجوبه عليهما ولان المنافع حدثت بفعله
وكسبه والكسب للكاسب لقوله صلى الله عليه وسلم كل الناس
احق بكسبه فلا يضمن ملكه ولان الغصب ازالة يد المالك
باثبات اليد العادية ولا يتصور ذلك فيها لانها اعراض
لا تبقى زمانين فيستحيل غصبها وكذا اتلافها لانه لا يخلو
اما ان يرد عليها الاتلاف قبل وجودها او حال وجودها
وكل ذلك محال اما قبل وجودها فلان اتلاف المعدوم
لا يمكن واما حال وجودها فلان الاتلاف اذا طرا على
الموجود رفعه فاذا قارنه منعه واما بعد وجودها فلانها
تنعدم كما وجدت فلا يتصور اتلاف المعدوم ولانها لو
كانت اموالا مضمونة لضمنت بالمنافع لكونها مثلا لها وهو
اعدل فاذا لم يضمن بها لا يمكن ان يضمن بالاعيان لان
الاعراض ليست بمثل للاعيان لان ما لا يبقى لا يكون مثلا
لما يبقى وضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص والاجماع
فلم يضمن حيد بردي ولا ينعقد بالدين والاجارة اجيزت
للضرورة او لكونها برضى المتعاقدين وعند ذلك لا
يشترط التساوي الا ترى ان بيع الشئ باضعاف قيمته
يجوز ولا يجوز ذلك في ضمان العدوان فبطلت المقايسة

فاذ

فاذا لم يكن للمنفعة مثل لا يمكن القضاء بدونها فيوخر الى دار
الجزاء حتى يحكم الله تعالى بمثله لان عدم القضاء لمعنى لا
لعدم الحق والله على كل شئ قدير وبكل شئ عليم فصار
بمنزلة كلمة لا رئيس لها في الدنيا او ذنب حصل من غيره
وقوله مال متقوم لا نسلم لان المال عبارة عن احراز
الشئ وادخاره لوقت الحاجة في نوب الدهر وذلك
لا يتحقق في المنافع لما ذكرنا والدليل عليه انه يقال فلان
متمول اذا كان له مال موجود محرز مدخر ولا يقال فلان
متمول ولا له مال ولهذا لا تعتبر المنافع من الثلث في حق
المريض حتى جازت له اجارة جميع ماله ولو كان مالا لما
جاز الا من الثلث وجوازها من باب انعقادها لانها تصير
مالا بالتراضي ولهذا جازت الاجارة من العبد التاجر
واحد الشريكين والمضارب والاب والوصي وقوله
المال مخلوق لمصالحنا الخ قلنا هو كذلك الا ان صفة الاحراز
شرط يسمى مالا والمنافع لا يتصور فيها ذلك لا يستحق [illegible]
زيلعي قال قاضي زاده في تكملة الفتح وهنا سوال
لم ار كثيرا من الشراح تعرض له وهو ان يقال نعم قيل
ان يقول مقتضى هذا الدليل ان لا تجب الاجرة على
المستاجر فيما اذا حدثت المنافع في يده كما في سكنى الدور
والاراضي والدواب ونحوها لان المستاجر لا يضمن ملكه
لا تجب عليه الاجرة بمقابلة ملكه مع انه تجب عليه الاجرة
بالاجماع واجاب عنه في غاية البيان بان الاجرة
عندنا لا تجب عندنا بمقابلة المنافع بل بالتمكين من
من جهة المالك وهذا السوال ساقط من اصله لان
الغاصب يزعم حدوث المنافع على ملك نفسه والمستاجر

يعتقد حدوثها على ملك الموجر فافترقا وقال صاحب العناية
واعترض على قوله إن ضمان العدوان تشترط فيه المماثلة
نصا بما إذا أتلف ما يتسارع إليه الفساد فإنه يضمن بالدراهم
وهي لا تماثله فدل على أن المماثلة ليست بمعتبرة ولا يقال
منافع الغصب مضمونة عندكم في الوقف ومال اليتيم
وما كان معدا للاستغلال وهذا التعليل جار فيه قلت
العمل على وفق القياس والقول بضمان المنافع فيما
ذكر وجه الاستحسان طوري ويوجد في بعض المتون
من التنوير واحترز به عن شرح المنح فإنها متفرقة
على ما قدمه الشارح ومنافع الغصب غير مضمونة
يعني بوقوع الجملة مبتدأ وخبر إلى آخره لكن لا يلائم
ما يأتي من أنه عطف خمر المسلم إلى آخره مع أنه إلى ما
تقدم من قوله ومنافع الغصب استوفاها أو عطلها أخصر
من قوله ومنافع الغصب غير مضمونة قال أبو الطيب
السندي والحاصل أنه مع التطويل لا يلائم ما يأتي
من قوله وخمر المسلم لأنه يصير تقدير الكلام ومنافع
الغصب غير مضمونة إلا أن تكون وقفا وخمر مسلم ولا
يخفى ما فيه من عدم الملايمة اهـ يعني فيكون على هذا
التقدير خمر المسلم مضمون لكن قال السيد أحمد قوله
بل يلائمه بعطفه عليه بالرفع فيفيد أنه غير مضمون
فيكون الخبر محذوفا كقولك هند غير قائمة وعمرو ويعلم
أن عدم الملايمة فيما ذكره أشد لأنه معطوف على قوله
بخلاف الحر وبخلاف المتلفة للأمة في الحكم ظاهر وبينهما مناسبة
بخلاف منافع الغصب إذ لا مناسبة بينهما إلا بتكلف
تأمل قال والفاصل بين المتعاطفين حاصل على كل حال اهـ

ولا يخفى

ولا يخفى فوت الاختصار ويفاد خمر مسلم جانيا من خمر
لفظا لا يعلم إلا بالتقدير فتقدير الآتي بلا ثبات ما بين
نقض المنافع فيما يجب في كل واحدة منها أجر المثل على
اختيار المتأخرين يعني وأما عند المتقدمين فمنافع
الغصب غير مضمونة مطلقا أحدها أن يكون المغصوب
وقفا للسكنى أو للاستغلال أو لغيرهما وقد أفتى العلامة
المقدسي في مسجد تعدى عليه رجل وجعله بيت قهوة
بلزوم أجرة مثله مدة شغله كما في الخيرية وكما تضمن
منافعه بالغصب تضمن ذاته قال في الولوالجية المستعير
في غصب العقار الموقوف بالضمان نظرا للوقف ومتى
قضي عليه بالقيمة يؤخذ منه فيشترى بها ضيعة أخرى
تكون على سبيل الوقف الأول وقد قدمنا ذلك مفصلا
موضحا في كتاب الوقف فتنبه أو مال يتيم وكذا اليتيم
نفسه لما في البزازية يتيم لا أب له ولا أم استعمله أقرباؤه
مدة في أعمال شتى بلا إذن الحاكم وبلا إجارة له طلب أجر
المثل بعد البلوغ وإن كان ما يعطونه من الكسوة والنفقة
لا يساوي أجر المثل وبه أفتى في الخيرية وفي حاوي القنية
غصب صبيا حرا وآجره وعمل فالأجر للعاقد ثم رمز لأجر
للصبي ثم رمز وهو الصواب لأنه ذكر في المشتمل عبده سنة
ثم أقام البينة أن مولاه أعتقه قبل الإجارة فله الأجر إلى آخره
الأولى صالة سكنت أمه أياما اليتيم مع زوجها التي تزوجته
بعد وفاة أبيه في داره أي الدار المختصة لليتيم بلا اشتراك
بينه وبين أمه بلا أجر ليس لها ذلك لا يجوز للزوج ولا للأم اليتيم
ذلك أي السكنى بلا أجر ولا أجر عليها لأنه في الأشباه معزيا
لوصايا القنية قال الحموي أقول وفي القنية سكنت مع زوجها

بيت ابنها الصغير قال فان كان بحال لا يقدر على منعها بان كان
ابن سبع سنين او ست فتجب عليها اجر المثل
لانها غير محتاجة حيث لها زوج وان كان بحال يقدر على المنع
فلا اجر عليها اه ومنه يعلم ما في كلام المص من الاجمال حيث
لم يفصل قال بعض الفضلاء يحتمل ان يكون ما في القنية من
عدم وجوب الاجر كما نقله المص في المسألة المستثناة مخرجا
على القول بعدم وجوب الاجر في سكنى دار اليتيم واما
على القول من انها كالوقف فتجب الاجرة بسكناها فيجب
الاجر على الزوج لكون سكنى الزوجة واجب عليه وهو غاصب
لدار اليتيم كالوقف فلا استثنا وما في الصيرفية من
التفصيل غير ظاهر كما لا يخفى على الفطن الا ان يقال به
في حق وجوب الاجرة على الزوج فقط اه ووجه ظهور
ما في الصيرفية انه اذا كان بحال لا يقدر على المنع لا يصح
كونه متبرعا لها بالسكنى لعدم صحة تبرع الصبي قلت
ويستثنى ايضا سكنى شريك اليتيم فقد نقل المص في المنح
وغيره عن القنية بعد ان علم بعلامة مح اذا كان دار
بين يتيم وبالغ فسكنه البالغ سنة انه لا شي عليه
لانه سكنها بتاويل ملك ولذا لو جلس الرجل الاجنبي الذي ليس
بشريك في دار اليتيم بلا عقد بخلاف الوقف فان منافع
الوقف مضمونة ومنافع مال اليتيم غير مضمونة وقيل
دار اليتيم كالوقف في ان منافع كل منهما مضمونة وهذا هو
المختار كما سيشير اليه الشارح اه قلت ويمكن حمل
كلام القنية على ان دار اليتيم ويخرج سكنى شريكه والاجنبي
على قول المتقدمين بعدم وجوب اجرة المغصوب
مطلقا وقفا كان او مال يتيم او معدا للاستغلال او لا

وعليه

وعليه فلا استثنا وقد منع العلامة المقدسي صحة هذا الاستثنا
فقال ان كان هذا بنا على ان الزوج لا يلزمه شي ان سكن في
بيت زوجته فقد نقل في ضمان خلافه والوقف انه
لليتيم لا لها ولا حق لها منه وان كان بنا على ان المشترك لا شي
فيه فهذا ونحوه كالوقف مستثنى منه فيه حصة اليتيم
كذا نقله الحموي في حاشية الاشباه واما على القول المعتمد
انها اي دار اليتيم كالوقف منافع كل منهما مضمونة فتجب الاجرة
على الشريك وقد افتى خير الدين الرملي بذلك ونقله ما في
فتاواه سئل في دار معدة للاستغلال بين بالغ ويتيم
وامراة سكنها الشريك البالغ بلا استيجار حصة الشريك
اليتيم سنة هل يلزم البالغ اجرة مثل حصة اليتيم اجاب
قد افتى كثير من المتاخرين بوجوب اجرة المثل في ذلك
صيانة لمال اليتيم اه وقدمنا ذلك في كتاب الشركة
ايضا فتجب الاجرة على الزوج ايضا على زوجة اليتيم السكنى معه
في دار اليتيم لكون سكنى الزوجة واجبة عليه وهو
غاصب لدار اليتيم فتلزمه الاجرة بخلاف ما لو سكنت دار
اليتيم وحدها وهي مختلعة فلا اجر عليها كما سيأتي عن الحموي
وبه افتى ابن نجيم وما في الصيرفية من التفصيل من انه لو
سكنت مع زوجها في دار اليتيم وكان اليتيم بحيث يقدر
على المنع فلا اجر لان عدم المنع مع القدرة عليه دليل الرضى
والا بان كان بحال لا يقدر على المنع بان كان ابن سبع سنين
او ست فعليها اجر المثل لانها غير محتاجة حيث كان لها زوج قد
قدمنا عبارة الصيرفية بلفظها تحت قول الشارح تبعا للاشباه
معزيا لوصايا القنية وهذا وان لم ينبه له ما نقله الشرنبلالي
قال سئل صاحب المحيط عن امراة لها ولد صغير وللصغير



دار هل لها ان تسكن في دار ولدها الصغير فقال ان لم يكن لها
زوج لها ذلك بحكم الحاجة وان كان لها زوج ليس لها ذلك
لان سكناها ولبنتها على الزوج فلا تكون محتاجة الى السكنى
وان سكنت بغير امر الزوج هل يثبت قال نعم وهل يجب
عليها الاجر قال يحتمل ان كان للصغير منفعة بحيث
يقدر على النمو بان كان ابن عشر سنين او ثلاث [illegible] عليها
لانه يحتاج الى التعليم وان لم يكن للصغير منفعة بان كان
صغيرا يجب عليها اجر المثل وهو جواب المتاخرين
اما على جواب الكتاب فلا اجر عليها لانها صارت غاصبة والتوفيق
على جواب المتاخرين [illegible] تفصيل الصغير
مع زيادة افادة ان الاصل [illegible] من المنع عشر سنين
لكنه غير ظاهر لانه في صورة التعذر على المنع ولم يمنع اذ ان
بعد ذلك [illegible] ما لم يبلغ وايضا في
صورة عدم القدرة انما تلزم الاجرة على الزوج [illegible] قالت
الشارح [illegible] وجوب الاجرة اذا سكنت مع
زوجها [illegible] الاجرة تجب عليه اي على الزوج لانه غاصب
[illegible] ما تبع للزوج [illegible] الاجرة عليه كما افاده
في تنوير البصائر [illegible] على القول الاخر من انها
كالولد [illegible] الاجرة بسكناها ما تجب الاجرة على الزوج
[illegible]
فتجب الاجرة [illegible] صاحب تنوير البصائر
عن الخانية [illegible] الدار المشتركة بين رجلين [illegible] مسألة
الارض فيما روي عن محمد في رجلين بينهما ارض غاب احدهما
فلشريكه ان يزرع نصف الارض واذا اراد في العام الثاني ان
يزرع [illegible] الذي [illegible] زرعه والفتوى على انه اذا علم

ان الزرع ينفع الارض ولا ينقصها فله ان يزرع كلها واذا حضر
الغايب فله ان ينتفع بكل الارض مثل تلك المدة لان رضى
الغايب ثابت في مثل هذا دلالة وان علم ان الزرع ينقصها
او الترك ينفعها ويزيدها قوة فليس للحاضر ان يزرع
فيها شيئا اصلا لان الرضا ههنا غير ثابت اهـ ثم نقل
عن القنية ان الحاضر لا يلزمه في الملك المشترك اجر وليس
للغايب استعماله بقدر تلك المدة لان المهاياة بعد الخصومة
قال وبينهما تدافع الا ان يفرق بين الارض والدار وهو بعيد
او انهما روايتان ثم نقل عن الخانية ان مسألة الدار كمسألة
الارض وان للغايب ان يسكن مثل ما سكن شريكه
وان المشايخ استحسنوا ذلك وهكذا روي عن محمد وعليه
الفتوى ونقل البيري عبارة الخانية ايضا منفصلة واوقعها
وكذلك المحشي ابو السعود وان الشريك الحاضر في مسألة الدار
المشتركة بين رجلين اذا سكن في الدار المشتركة بما اذا كان
لا يضرها السكنى فللغايب من الشريكين اذا رجع من
غيبته ان يسكن في تلك الدار المشتركة قدر شريكه اي مقدار
ما سكن شريكه من المدة قالوا وعليه الفتوى لفظه
قالوا يوتى بها تبعا للتصنيف ولعله زادها اشعارا
باختيار خلافه وهو ما ذكره اخر كتاب الشركة عن المنظومة
المحبية وبه افتى ابن نجيم وهو الذي عليه العمل اليوم وقد
قدمنا في كتاب الشركة مسائل الدار المشتركة وفي بيان
او معدا اي اعده صاحبه للاستغلال قال الشيخ الرحمتي
اعلم ان المفتى به على ضمان المتاخرين ضمان منفعة
الوقف ومال الصغير نظرا لهما فيجب الضمان مطلقا
ولو بتاويل ملك او عقد ولذا سكنى الشريك وعلى اي حال

اما المعد للاستغلال فلانه ليس مغصوبا في الحقيقة لان المالك
قد اعده للاستغلال والمستعمل عالم بذلك فقد وجد الرضا
من كل منهما فكان اجارة بالمعاطاة ولذا شرط ما سيأتي
واعداد صاحبها بان بناه لذلك اي للاستغلال او كان
اشتراه لذلك قيل واجره المالك ثلاث سنين على الولاء متوالية
في التعبير بقيل اشارة الى تضعيفه وفي المنح ذكر صدر القضاة وتصير
الدار معدة للاستغلال اذا بناها لذلك او اشتراها لذلك وتوجر
ثلاث سنين على الولاء قال وفي القنية لو لم تكن الدار معدة للاستغلال
فاجرها سنة او سنتين او اكثر لا تصير معدة للاستغلال الا اذا بناها
لذلك او اشتراها لذلك كذا اورده ابو اليسر في اول اجارات القنية
عن الاصل استاجر ارضا وزرعها سنين فعليه اجر السنة الاولى
ونقصان الارض فيما بعدها ويتصدق بالفضل عند ابي حنيفة
ومحمد قال القاضي الصدر هذا اذا لم تكن الارض معروفة
بالاجارة بان كانت لا توجر كل سنة فلو عرفت بها يجب
اجر السنين المستقبلة بلا خلاف فعرف بهذا ان عند ابي
حنيفة ومحمد لا تصير الارض معدة للاجارة بالاجارة سنة
او سنتين ونحوه في المحيط وفي الاشباه لا تصير الدار معدة
له باجارتها هذا باطلاقه يقتضي انها لو اوجرت ثلاث سنين
فالقول لا تكون معدة وظاهر كلامه اعتماده فلو استاجر دارا شهرا
وسكن شهرين لا يلزمه اجر الثاني كما في البزازية ووجهه
بعض العلماء بان سكنى الشهر الثاني ليس على وجه الاجارة
الا ان تكون الدار معدة للاستغلال ولو دفع اجرة الشهر الثاني
والسنة الثانية بعد سكناه ليس له الاسترداد والتخريج
على الاصول يقتضي ان له ذلك حيث لم تكن معدة لكونه
دفع ما ليس واجبا عليه الا اذا دفعه على جهة الهبة استهلكه
المؤجر افاده صاحب الاشباه وفي المنح عن القنية ولو استاجر

دارا

دارا معدة للاستغلال سنة باجرة معلومة دون اجر المثل و
نحوه ثم سكنها سنين يلزمه اجر المثل فيما وراء تلك السنة
لا المسمى في السنة الاولى اهـ والتقييد بالدار للاحتراز عن
الارض قال في الذخيرة فلو ان كانت الارض في قرية اعتاد اهلها
زراعة ارض الوقف ولان صاحبها لا يزرع بنفسه بل يدفعها
مزارعة فنزلت على المزارعة ولصاحب الارض ان يطالب
المزارع بحصة الارض على ما تعارف اهل القرية من النصف
او الربع او ما اشبه ذلك وهكذا ذكر في فتاوى النسفي اهـ
قال السيد احمد وهذا يؤيد ما جعلته سابقا في زراعة
الارض ولا تصير معدة ببنائها وشرائها له اي للاستغلال كما
تقدم ولا تصير الدار معدة للاستغلال باعداد البائع للاستغلال
بالنسبة للمشتري لان بالبيع انقطع حقه منها وبطل صنيعه
وتصرفه فيها فان اشتراها المشتري لذلك كانت معدة
والا فلا ويشترط في لزوم الاجر على الغاصب لمتلف المنافع على
المستعمل لكونه معدا للاستغلال حتى يجب الاجر ويشترط
ايضا ان لا يكون المستعمل مشهورا بالغصب فان اشتهر به
فلا اجر عليه وان كان معدا ووجهه في المسائل انه لم
يسكن ملتزما للاجر وهذا اذا لم يطالبه بالاجر والا فيجب ولو
لم يكن معدا للاستغلال لما في اجارات القنية قالوا جميعا
المغصوب منه اذا شهد على الغاصب انك ان رددت الي
داري والا اخذت منك كل شهر الف درهم فالاشهاد صحيح
فلو اقام فيها الغاصب بعده يلزمه الاجر المسمى قلت ولو
اختلفا اي المالك والغاصب في العلم وعدمه وادعى المالك
العلم بكونه معدا وادعى الغاصب عدم علمه بذلك فالقول
له اي للغاصب بيمينه لانه اي الغاصب منكر للاجر وهو

المالك مدعي فلم يكن الغاصب ملتزما للاجر والمنفعة لا تتقوم
الا بالعقد او ما يقوم مقامه من المعاطاة فان لم يوجد شي
من ذلك لا يجب الاجر وعلم من كلامه انه اراد بقوله ومنافع
الغصب غير مضمونة اعم من كونها مما يجري فيه الغصب او لا
كالعقار اذ العلة فيه عدم وجود ما تتقوم به المنفعة رحمتي
قاله شيخنا اراد به الخير الرملي في حاشيته وهو يعزوه لاحد
وعون رب الدار وبيعه لها بعد ان كانت معدة للاستغلال
يبطل الاعداد لزوال ملكه وقد تقدم في بيعها ايضا ولو بنى
رجل دارا لنفسه اما لسكناه او لوضع امتعته او لاسكان
اقاربه او ضيوفه فيها بلا اجر ثم اراد بنيانا ان يعدها بعد
ما بناه للاستغلال فان قال الباني بلسانه اي ولم يكتف بما
عقد عليه قلبه من غير تلفظ وصار يخبر الناس بانه
نوى استغلاله واعداده له صار معدا للاستغلال ذكره المصنف
في المنح وقد فرض المسألة فيما بناه ولعل الحكم يعم ما لو شراه لنفسه
ثم اراد ان يعده والله تعالى اعلم الا ان المعد يتبع العين للاستغلال
وقدمناه في كتاب الاجارات ان المعد للاستغلال ربما كان
غير العقار ايضا كمن استعمل دابة المكاري بلا اذن ولا اجارة
ولمن استعمل ثور انسان او عجلته يجب عليه اجر المثل اذا قال بلسانه
اعددته للاجارة كما في الحامدية فلا ضمان عليه اذا سكن
بتأويل الملك كبيت سكنه احد الشركاء بلا اذن من الاخر
والحال انه كان معدا للاستغلال في الملك احترز به عما لو كان
من الوقف ولو ليتيم كانت الشركة كما مر عن القنية فلا
يضمن الساكن نصيب اليتيم عملا بالاطلاق ويكون محل
ضمان الغاصب مال اليتيم غير هذه الصورة لانه لما سكن
هنا بتأويل الملك بمعنى انه سكن في ملكه بزعمه فلهذا

لا يضمن

لا يضمن نصيب اليتيم فتنبه ان هذا مبني على مذهب المتقدمين
والمفتى به ان ملك اليتيم كالوقف ثم لا يخفى ان الدار المشتركة
لغير اليتيم في حق السكنى وما كان معها من توابعها تجعل
كالمملوكة لكل واحد من الشريكين على سبيل الكمال اذ لو لم
تجعل كذلك لمنع كل واحد من الدخول والقعود ووضع
الامتعة فتتعطل عليه منافع ملكه وانه لا يجوز واذا جعلناها
هكذا صار الحاضر ساكنا في ملك نفسه فكيف يجب عليه
الاجر كذا في الحامدية اما في الوقف المعد للاستغلال اذا سكنه
احدهما اي احد الشريكين الموقوف عليهما بالغلبة قيد به
لما قدمناه في اول كتاب الوقف انه لو سكن بعضهم
ولم يجد الاخر موضعا يكفيه فليس له اجرة ولا له ان يقول
انا استغله بقدر ما استعملته لان المهايأة انما تكون
بعد الخصومة اه بلا اذن من المستحق الاخر لزم الاجر بقدر
في ذلك ما اذا كان النصف وقفا والنصف ملكا وسكنه
المالك فانه يضمن حصة الوقف ولو سكنها الموقوف
عليه لا ضمان لحصة الملك عليه ووجهه ان وجوب الاجر
في الوقف ثبت استحسانا من المتأخرين صيانة للوقف
عن ايدي الظلمة فلا يقاس عليه الملك كذا قاله بعض
الفضلاء وقال الحموي ومنه يخرج جواب عن قول بعض
الفضلاء هل يضمن اجر المثل للوقف لكون الوقف مضمونا
بكل حال ام لا لانه بتأويل انه سكن في نصيبه المملوك له
محل نظر ويدخل في بتأويل الملك ما لو باع المتولي محكر الوقف
وسكن المشتري ثم عزل القاضي المتولي ونصب غيره
فخاصم المشتري الى القاضي واسترد الدار منه فلا اجر على المشتري
وهو الذي صححه في العدة من عدم وجوب الاجر عليه

وتكون هذه المسالة مستثناة من كلام المص قال الشيخ قاسم
في حواشيه على شرح المجمع نقلا عن المحيط الفتوى في
غصب الدور والعقار الموقوفة الضمان نظرا للوقف
كما ان الفتوى في غصب منافع الوقف الضمان نظرا
للواقف وهذا اولى مما صححه في العمدة اه وفي الثالث
والثلاثين من جامع الفصولين شرى دارا ثم ظهر
انها وقف او للصغير فعليه اجر المثل صيانة لمال الوقف
والصغير اه وفي القنية سكن دار الوقف سنين على
زعم الملك ثم استحقت للوقف بالبينة العادلة لا يجب
عليه اجر ما مضى اه وهو مبني على تصحيح العمدة وفي
القنية في موضع اخر ادعى اليتيم منزلا وقفا في يد رجل
فجحد فاقام عليه البينة وحكم بالوقفية لا يجب عليه
اجر ما مضى فاما اذا اقر وكان متعنتا في الانكار وجبت
الاجرة اه وفي الاختيار شرح المختار باع المتولي منزل
الوقف فسكنه المشتري ثم فسخ البيع فعلى المشتري
اجر المثل اه وهو مبني على تصحيح [illegible]
المحيط وهو الذي ينبغي اعتماده كما في الحموي على الاشباه
او الا اذا سكن في المعد للاستغلال بتاويل عقد
كبيت الرهن اذا سكنه المرتهن ثم بان اي ظهر ان البيت
المرهون للصغير اي ملكا لغير الراهن حال كونه معدا اي
قد اعده مالكه الاصلي غير الراهن للاجارة فلا شيء عليه
اي على المرتهن للمالك الاصلي لانه لم يكن ملتزما للاجر
ولا راضيا به فلم يكن في معنى الاجارة بالتعاطي وقد
علمت ان المعد للاستغلال انما تجب اجرته لذلك كما تنطق
به هذه الشروط فصارت كالمرهونة المالك نسكنها

المرتهن

المرتهن قنية اقول بل الاجر على الراهن لانه غاصب فتامل
بقي الكلام فيما لو غصب رجل دار اليتيم او دارا موقوفة
او دارا معدة للاستغلال ثم اجرها الغاصب اجرها من مال الوقف
او مال اليتيم او المعد فعلى المستاجر عيب الاجر المسمى الذي
سماه الغاصب لا اجر المثل فانه كان المسمى ازيد من اجر
المثل فحسن وان كان دون اجر المثل فهو على قول المتقدمين
من ضمان اجر المغصوب مطلقا حتى في الوقف ومال اليتيم
واما على قول المتاخرين فيجب ان يضمن تمام اجر المثل رحمتي
ولا يلزم الغاصب الاجر يعني ان المستاجر حيث دفع المسمى
للغاصب وقد دفعه المغصوب منه الى القاضي وطالبه
با اجر المثل يجب اجره الغاصب با قل منه فلا يلزمه القاضي
بدفع ما زاد من اجر المثل على المقبوض بل يامره بان يرد
ما قبضه من المستاجر ولو قل عن اجر المثل للمالك اشباه
قال الحموي هذا على قول المتقدمين اما على ما اختاره
المتاخرون من تضمين منافع الوقف ومال اليتيم والمعد
للاستغلال المغصب فينبغي ان ما قبضه الغاصب
من الاجرة اذا كان اقل من اجر المثل يكمل الغاصب اجر المثل
وان كان ما قبضه زائدا يرده ايضا لعدم طيبه له واما
على قول من لا يرى تضمين اجر المثل بالغصب فيها
كما هو قول المتقدمين فلا يرد الا ما قبضه لعدم طيبه
له لا يحكم به الحاكم بل يفتي اما بالرد او بالتصدق قال
في الولوالجية انه يتصدق به واما على ما قاله الخصاف
واختاره محمد بن الفضل فلا يكون المدفوع اليه غاصبا
ويضمن اجر المثل كما في الاجارة الفاسدة انتهى اشباه وفي القنية
ولفظ القنية غصب دارا معدة للاستغلال او موقوفة

ليتيم واجرها مدة معلومة باجر مسمى وسكنها المستاجر يلزمه
المسمى لا اجر المثل ثم سئل هل المسمى يلزم للمالك ام للعاقد
فقال للعاقد ولا يطيب له بل يرده على المالك وعن ابي
يوسف يتصدق اهـ وفي الشرنبلالية وينظر ما لو عطل
الغاصب المنفعة هل يضمن الغاصب الاجرة كما تلزمه الاجرة
لو سكن اذا كان وقفا او مال يتيم او معدا للاستغلال
ولا يخفى انه قد تقدم قريبا في كلام المتن تبعا للنهاية
وغيرها ان منافع الغصب استوفاها او عطلها غير مضمونة
وكان الشرنبلالي لم يطلع على هذا وحيث كانت عبارة المتن
صريحة فما الفائدة في نقل الشارح لعبارة الشرنبلالية
هنا اللهم الا ان يقال ان ما تقدم في كلام المتن انما هو
في غاصب عطل منفعة بلا تاويل ملك ولا عقد وما
توقف فيه الشرنبلالي انما هو في غاصب عطل المنفعة
بتاويل العقد او الملك والله تعالى اعلم (وبخلاف خمر
المسلم وخنزيره اذا اتلفه الغاصب بان اسلم الكافر
وهما اي الخنزير والخمر في يده او عصر عصيرا فتخمر عنده
وهل يكون الحكم كذلك اذا عجز مكاتبه الكافر وهما في يده
يراجع رحمتي وقال السيد قوله بان اسلم الخ ولذا لو غصبها
وهو مسلم فان الحكم لا يختلف فيما يظهر وانما ذكر تحسينا
للظن بالمسلم ونقل في المنح عن جواهر الفتاوى مسلم
غصب من مسلم خمرا هل يجب على الغاصب ادائها
اليه حتى لو لم يرده يؤاخذ به يوم القيامة اذا علم قطعا
انه يستردها للتخلل كان عليه ان يرد ويؤاخذ به يوم القيامة
ولو ترافعا الى القاضي يتامل في حاله ان علم انه يستردها
ليخللها يقضي بردها اليه وان علم انه يستردها ليشربها

يامر

يامر الغاصب باراقته لمن في يده سيف رجل فجاء صاحبه
لياخذه منه ان علم صاحب اليد انه ياخذه ليقتل به
مسلما لم يكن عليه ان يرده بل يمسكه الى ان علم انه ترك
الراي الاول وانه يسترده لينتفع به على وجه مباح كان
عليه ان يرده وفيها ايضا بعدما اسلم غصب خمرا فشربها
عليه دعوى في الدنيا وعليه اثم الغصب ان كان خمر الخلال
او كان اتخذ عصير العنب للخل اما اذا كان قد اتخذها خمرا
للشرب فانه لا حق له عليه في الاخرة وانما على الشارب
اثم شرب الخمر لا غير اهـ (اذا اتلفهما) اي خمر المسلم وخنزيره
مسلم او ذمي فلا ضمان لعدم تقومهما في حقه لان الشرع
افسد تقوم الخمر فضلا عن الخنزير بخطاب خاص في حق
المسلمين حيث قال يا ايها الذين امنوا انما الخمر والميسر
الى قوله فهل انتم منتهون فبقي من لم يدخل تحت هذا الخطاب
على ما كان قبل ولا يضمن قيمة الزق اذا شقه لاراقة الخمر
على قول ابي يوسف وعليه الفتوى كما في البرهان ولزقاب
وضمن المتلف المسلم قيمتهما اي قيمة الخمر والخنزير كما في
الكنز والقدوري وفي بعض النسخ قيمتها بلا ضمير تثنيه
وهو الموافق لتفسير الشارح الاتي ولما في غاية البيان
عن شرح الكافي واذا اتلف المسلم الخنزير على ذمي فلا
ضمان عليه عنده خلافا لهما وتمامه فيه وقال الشافعي
لا يضمنهما للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي لذمي
غير متقوم في حق المسلم فوجب ان يكونا في حقهم
كذلك لانهم اتباع لنا في الاحكام وقال صلى الله عليه وسلم
فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم
ما عليهم وهذا يقتضي ان كل حق ثبت في حق المسلمين

ثبت في حقهم الا ان حقهم يزيد على حق المسلمين ولان
عقد الذمة خلف عن الاسلام فيثبت به ما يثبت بالاسلام
اذ الخلف لا يخالف الاصل فيسقط تقومها في حقهم ولا يصح
بيعهما كما في حق المسلم ولنا انا امرنا بتركهم وما يدينون
الا ترى الى قول عمر رضي حين سال عماله ما ذا تصنعون
بما يمر به اهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها فقال لا تفعلوا
وولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها فلولا انها متقومة
وبيعها جائز لهم لما امرهم بذلك وحيث لم ينكر عليهم
احد كان اجماعا واورد على هذا الدليل في العناية فقال
لا نتركهم وما يدينون في بعض الامور كاحداث بيعة
وكنيسة وركوب الخيل وحمل السلاح فانهم يمنعون منها
ولان الامر بالاجتناب في قوله تعالى فاجتنبوه يتناول
المسلم فيتم في حق الكافر على ما كان عليه من قبل ولان
السيف والمحاجة موضوعان عنهم فتعذر الالزام بخلاف
الميتة والدم لان احدا لا يستحلهما وبخلاف الربا لانه
مستثنى من عقودهم لقوله صلى الله عليه وسلم الا من
اربى فليس بيننا وبينه عهد ولانه محرم عليهم في دينهم
قال الله تعالى واخذهم الربا وقد نهوا عنه وبخلاف
العبد المرتد يكون للذمي فانا نقتله لانا ما ضمنا لهم ترك
التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف
متروك التسمية عامدا وان كان الذابح من المسلمين
لان ولاية السيف والمحاجة ثابتة فيمكن الزامه فلا يجب
له على متلفه الضمان ولا على من اشتراه الثمن ولا
ينعقد صحيحا قال في العناية لما امرنا ان نترك اهل
الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا ان نترك

اهل

اهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة بالطريق
الاولى وحينئذ يجب ان نقول بوجوب الضمان على
من اتلف متروك التسمية عمدا لانه مال متقوم في اعتقاد
الشافعي وجه الجواب ما قاله ان ولاية المحاجة ثابتة
والدليل على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقاده في ايجاب
الضمان هذا ما قالوه ولقائل ان يقول لا نسلم ان ولاية
المحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك المحاجة مع اهل
الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى مع
ما قررتم والجواب ان الدليل قوله صلى الله عليه وسلم
اتركوهم وما يدينون فكان ذلك بعقد الذمة وهو منتف
في حق المجتهدين الى هنا لفظ العناية واعترض بعض
الفضلاء على الجواب المذكور في الاخر قال فيه بحث فان
القاضي ينفذ ما حكم به قاض اخر على خلاف مذهبه اهـ
وقال العلامة المقدسي هذا ساقط جدا اما اولا
فلان القاضي انما ينفذ ما حكم به قاض اخر اذا لم يك
مخالفا للكتاب او السنة المشهورة او الاجماع واما اذا
كان يخالفها فلا يصح ان ينفذه القاضي اصلا كما صرحوا
به كله في كتاب القضا ومثلوا ما يخالف الكتاب
بالحكم بحل متروك التسمية لمخالفته قوله تعالى ولا تاكلوا
مما لم يذكر اسم الله عليه والكلام فيه ها هنا فكيف يتصور
فيه التنفيذ واما ثانيا فلان حاصل الجواب المذكور
ان علة الامر بالترك في قوله اتركوهم وما يدينون هو عقد
الذمة وهو منتف في حق المجتهدين فلا يتصور الحاق
المجتهدين باهل الذمة في ترك المحاجة لا دلالة ولا قياسا
ولا يخفى ان هذا يدفع السؤال بان الدليل الدال على ترك

المحاجة مع اهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى
وان حديث تنفيذ القاضي ما حكم به قاض اخر على خلاف مذهبه
لا يقدح في دفع الجواب المذكور والسؤال المزبور بل هو كلام
اخر معلوم وجهه في محله اه لان الخمر في حقنا قيمي حكما
قال الزيلعي خمر المسلم اذا اتلفه الذمي تجب عليه قيمتها
وان كانت من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع من تمليكه
وتملكه اياها لما فيه من اعزازها بخلاف الذمي اذا استهلك
خمر الذمي من يجب عليه مثلها لقدرته عليه ولا يصار الى القيمة
الا عند العجز وهو قادر على تمليكها وتملكها فلا يصار الى
القيمة لان المثل اعدل ولو كانا اي الخمر والخنزير لذمي واتلفها
عليه مسلم وقد كان الذمي اتخذها لنفسه ولم يظهرها
ليبيعها للمسلمين برهان وقيد به لانه لو اظهرها لا يضمن
المسلم باتلافها وهذا الضمان انما يجب على المسلم باتلاف
خمر الذمي لو كان المتلف غير الامام واما لو كان الامام
او مأموره يرى ذلك اي الاتلاف عقوبة على المتخذ
له لا يضمن لانه محل السياسة فلا يجب الضمان
عليه قال في المنح ذمي اظهر بيع الخمر والخنزير في دار الاسلام
يمنع منه فان اراقه رجل وقتل خنزيره ضمن الا ان يكون
اماما يرى ذلك فلا يضمن الزق ولا الخنزير ولا الخمر لانه
مختلف فيه اه وفي الخلاصة من اراق خمور اهل الذمة
وكسر دنانها وشق زقاقها اذا اظهروها فحينئذ المسلمين
امر بالمعروف لا ضمان عليه اه ولذا قال الشارح ولو
اراق فانه لا يضمن متلفه للخمر اذا كان اماما او مأموره
خلافا لمحمد وفي اشربة العيون شق لمسلم زقا فيه خمر
من هؤلاء الفساق قال ابو يوسف لا يضمن ما شق

من الزق

من الزق ولا الخمر وقال محمد لا يضمن الخمر ويضمن الزق قلت
يعني الامام مجتبى والفتوى على قول الثاني كذا في شرح المجمع
ولا ضمان في ميتة ودم كذا بالذمي اتلفهما مسلم اصلا اي سواء
كانت لمسلم او ذمي وسواء كان المتلف اماما او مأموره [illegible]
خلافه لا يدين تمولها احد من اهل الاديان وهذا في
الميتة التي ماتت حتف انفها فاما ذبيحة مجوسي ومخنوقة
وموقوذة فمال يجوز بيعها عند ابي يوسف رح خلافا
لمحمد فعلى قول ابي يوسف ينبغي ان يجب به الضمان شمني
وقال [illegible] ما [illegible] المخنقة [illegible] كالخمر والخنزير تضمن
للذمي واما الدم الحلال فيضمن مطلقا لمسلم ولذمي وهو
ظاهر بخلاف ما لو اشتراها اي اشترى مسلم خمرا منه
اي الذمي وشربها فلا ضمان ولا ثمن عليه لانه [illegible]
الشارب فعله اي شربه بتسليط بايعه وهذا تعليل
لعدم وجوب الضمان واما لعدم وجوب الثمن فلعدم صحة
عقده بخلاف غصبها مجتبى وفي القنية في روضة اشترى
مسلم خمرا من ذمي فاتلفها يضمن [illegible] غصبها [illegible] فاتلفها
يضمن اشترى خمرا من ذمي فشربها لا ضمان عليه ولا ثمن
اه ففيه فرق بين مسألة الاتلاف بعد الغصب والاتلاف
بعد الشراء قال في المنح لكن فيه [illegible] انه مخالف للقاعدة
المشهورة وهي ان [illegible]
[illegible] البيع في الخمر وجب [illegible]
البايع المشتري [illegible] عليها الا ان يدعي خروج هذا الفرع عن القاعدة
[illegible] وجهه [illegible] القاعدة [illegible] لا كلية والله تعالى
اعلم وفيه [illegible] المجتبى اتلف ذمي خمر ذمي ثم اسلما
او احدهما لا شيء عليه لابي [illegible] عن الامام ايضا [illegible]

عليه قيمة الخمر وهذا خلاف ما يستفاد من الزيلعي حيث جزم
بان لا خلاف فيما لو اسلم الطالب وحده او اسلما الا ان يحمل
على ما اذا اسلم المطلوب ثم الطالب ويحمل قوله احدهما
على المطلوب فقط ولفظ الزيلعي ولو اسلم الطالب بعد
ما قضي له بمثلها فلا شيء له على المطلوب لان الخمر في
حقه ليست بمتقومة فكان باسلامه مبريا عما كان في
ذمته من الخمر وكذا لو اسلما لان في اسلامهما اسلام الطالب
ولو اسلم المطلوب وحده او اسلم المطلوب ثم اسلم الطالب
بعده قال ابو يوسف لا يجب عليه شيء وهو رواية عن
ابي حنيفة وقال محمد تجب عليه قيمة الخمر وهو رواية عن
ابي حنيفة لان الاسلام الطارئ بعد تقرر السبب كالاسلام
المقارن للسبب وهو لا يمنع وجوب قيمة الخمر على المسلم
على ما بينا فكذا الطارئ ولابي يوسف ان قبض الخمر
المستحقة في الذمة فقد تعذر استيفاؤها بسبب
الاسلام ولا يمكن ايجاب قيمتها بدلا لانها لو وجبت
لا يخلو اما ان تجب باعتبار الاصل السبب وذلك لا
يجوز لان ذلك السبب اوجب عين الخمر دون القيمة
ولم تكن القيمة واجبة في ذلك الوقت او تجب باعتبار
انها بدل عن الخمر التي في الذمة ولا يمكن ذلك ايضا
لان من شرط البدلية تمليك ما في الذمة والذمي
لا يقدر على تمليك الخمر من المسلم وكان المسلم لا يقدر
ان يتملكها فلانعدام الشرط تعذر استيفاء القيمة وهو
نظير ما لو كسر فلسا غيره ثم تلف المكسور في يد
صاحبه ليس لصاحبه ان يضمن الكاسر شيئا لانه
شرط فتضمين قيمته تمليك المكسور منه وذلك

قد

قد فات بخلاف الاسلام المقارن لان وجوب القيمة هناك
باعتبار اصل السبب وهو الغصب والاستهلاك فانه
موجب للضمان باعتبار الجناية من غير ان يصير موجبا
للمالك في المحل كما في المدبر قال العلامة الطوري والتفصيل
المتقدم في الاسلام في خمر الذمي يجري كذلك في خنزيره
ما في التتارخانية وان كان الخمر والخنزير للذمي يجب على متلفهما
سواء كان المتلف مسلما او ذميا غير ان المتلف ان كان ذميا
فانه يجب عليه مثل الخمر وان كان المتلف مسلما يجب عليه
قيمة الخمر وفي الخنزير يجب عليهما القيمة لان الخنزير لا مثل
له من جنسه اهـ ولذا كان الحق ما ذكرنا لو اسلم احدهما
بعد الاتلاف في الخنزير فرقا من غصب رجل من خمر مسلم
فخللها الغاصب بما ليس له قيمة كحنطة قليلة
لا تساوي فلسا وملح يسير لا قيمة له او بشمس بنقلها
من الظل الى الشمس او من الشمس الى الظل كما في التبيين
فالمالك ياخذها بغير شيء كما سيأتي قريبا او غصب رجل
جلد ميتة فدبغه بما لا قيمة له كتراب القاه على الجلد
وشمس يعني لو بسطه لاجل ان تلاقيه الشمس حتى
تفنى رطوباته وييبسه اخذهما اي الخمر الذي خللها الغاصب
وكذلك الجلد الذي دبغه الغاصب المالك بلا شيء قيد
بالغاصب لان المالك الجلد لو القاه في الطريق واخذه
انسان فدبغه فهو مملوك له لان صاحبه القاه تاركه
له بمنزلة من القى النوى وقشور الرمان كما في المنح
ولكن لا حاجة الى الاستدراك لو اتلفهما اي اتلف الغاصب
الخل والجلد المدبوغ في يده بعد ان يردهما الى صاحبهما
ضمن مثل الخل وقيمة الجلد لا يضمن لو تلفا اي تلف الخل

والجلد المدبوغ بما لا قيمة له بلا اتلاف منه وفي شرح الوهبانية
يضمن في صورة الاتلاف قيمته اي الجلد مدبوغا ان قبل
ذلك لا قيمة له ولم يكن الغاصب قد صرف في دباغته
شيا واما الخل فيضمن بمثله خلا كما قدمناه واعتمده في
الملتقى حيث قال فلو اتلفه الغاصب ضمن قيمته مدبوغا
وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي
حصله فلا يضمنه والاول اصح لان وصف الدباغة تابع
للجلد وهي غير معتبرة منفردة عن الجلد وبهذا لا يرجع
بها على المالك عند رد الجلد اليه فاذا صار الجلد مضمونا
عليه بالاستهلاك فكذا تبعه بخلاف ما لو دبغه بشي
متقوم زيلعي ولو خللها اي الخمر المغصوبة بذي قيمة
كالملح الكثير وصب الخل الاصلي فيها ملكه الغاصب
وفي القنية وجد في دار انسان خمرا فالقى فيها ملحا فصار
خلا فهو له وان لم ينقل الدن عن مكانه قال رضي
عرف بهذا انه بنفس القا الملح يملك الخل اه ولا شي عليه
اي على الغاصب المخلل بماله قيمة للمالك لان الخمر ليست
متقوما والملح مال متقوم فيرجح جانب الغاصب
فيملكه له بغير شي متخللا فالخل فقالا ياخذها المالك
ان شا ويرد قدر وزن الملح من الخل كما في الدر المنتقى وفي
التبيين ولو خلل الخمر بالقا الملح قيل عند ابي حنيفة
صار ملكا للغاصب ولا شي عليه لانه بالخلط بماله
استهلكه لان الخلط استهلاك على ما عرف في موضعه
فصار كالجلد اذا استهلكه بعد الدباغ باتخاذه الزور او
بغيره وعندهما اخذه المالك واعطاه ما زاد الملح فيه
بمنزلة دبغ الجلد وصبغ الثوب ومعناه ان يعطيه مثل

وزن

وزن الملح من الخل هكذا ذكروه كانهم اعتبروا الملح مايعا لانه
يذوب فيكون اختلاط المايع بالمايع فيشتركان عندهما
ولو اراد المالك تركه عليه وتضمينه فليس ذلك له بالاتفاق
او عند ابي حنيفة وحده وعندهما له ذلك ولو استهلكه
لا يضمنه عند ابي حنيفة خلافا لهما كما ياتي بيانه في مسالة
دبغ الجلد ولو خللها بصب الخل فيها قيل يكون للغاصب
بغير شي عند ابي حنيفة سوا صارت خلا من ساعتها او بمرور
الزمان عليها لان الخلط استهلاك عنده واستهلاك الخمر
لا يوجب الضمان وعندهما ان صارت خلا من ساعتها فكما قال
ابو حنيفة لانه استهلاك وان صارت بمرور الزمان
كان الخل بينهما على قدر حقهما كيلا لانه لم يستهلك الخمر فيصير
في التقدير كانه خلط الخل بالخل والخلط ليس باستهلاك
عند محمد وان كان مايعا لان الجنس لا يهلك بجنسه
وقيل لما هو الخل فيها انه يقسم بينهما على قدر حقهما سوا
صارت خلا من ساعتها او بعد حين اما عندهما فلا يشكل
لان الخلط ليس باستهلاك وكذا عند ابي حنيفة لان الخلط
انما يوجب زوال الملك اذا كان يوجب الضمان وهنا قد
تعذر وجوب الضمان لان خمر المسلم لا يضمن بالاتلاف
فصار كما اذا اختلط بنفسه من غير صنعه ولو استهلكه
الغاصب في هذه الرواية ينبغي ان يجب عليه الضمان اجماعا
ذكره في النهاية معزيا الى قاضيخان عن الحلواني ره وفي
المحيط فاما اذا القى فيها ملحا او خلا له قيمة فعند ابي حنيفة
يصير الخل ملكا للغاصب ولا شي عليه واما على قول ابي يوسف
ومحمد انه ان كان القى فيه الملح اخذه المالك واعطاه ما زاد
الملح فيه وان كان الخل فسوية بينهما على مقدار كيلهما ان حمضت

من ساعته او بعد حين وشيا بمخارج قالوا ان كان الخل الذي
صب فيه خل كثير حتى صار خلا من ساعته فهو كله للغاصب
وان كان قليلا وصارت خلا بعد حين فهو بينهما على قدر
كيلها وفي السراج ولو كان الخمر لمسلم غصبها منه ذمي فتخللت
عنده او خللها الغاصب كان للمغصوب منه ان يستردها
فلو هلكت عند الغاصب بعدما صارت خلا فلا ضمان
عليه فان استهلكها الغاصب ضمن مثلها خلا لصاحبها
ولو دبغه اي دبغ قيمة القرظ بفتحتين وظاهر ما نقال
في البحر عن قول المدني وكلا هاب دبغ فقد طهر القرظ بالظا
لا بالضاد ورق شجر السلم بفتح السين واللام ومنه اديم
مقروظ اي مدبوغ بالقرظ والقرظ نبت ينبت بنواحي تهامة كذا
ذكره النووي في شرح المهذب وانما نبهت عليه لانه يوجد
مصحفا في كثير من كتب الفقه ويقرأ بالضاد اه وقد ذكر
صاحب القاموس في باب الظا المشالة وعفص شجرته
مثل شجر البلوط وفي بعض البلاد يكون ثمره عفصا سنة
والسنة الاخرى بلوطا وجوده الاخضر الغير المثقب ويتبع
قوته الى ثلاث سنين كذا في التحفة الطالبية الجلد اخذه
اي الجلد المدبوغ المالك ورد ما زاد الدبغ فانه يتقوم مدبوغا
وذكيا غير مدبوغ ويرد فضل ما بينهما كما في الملتقى وقال
في شرحه وليس له ان يدفع الجلد للغاصب ويضمنه
قيمته غير مدبوغ لعدم تقومه قبل الدبغ والفرق لابي حنيفة
بين الخل والجلد ان المالك ياخذ الجلد ولا ياخذ الخل لان الجلد
باق لكن زال عنه النجاسة والخمر غير باقية فصارت
حقيقة اخرى وللغاصب حبسه اي الجلد المدبوغ حتى
ياخذ حقه كحق الحبس في المبيع بالثمن والرهن بالدين

والعبد

والعبد الابق بالجعل ولو اتلفه اي الجلد المدبوغ في يده
قبل ان ياخذه صاحبه لا يضمن عند ابي حنيفة لو تلف
وقالا يضمن بالاتلاف قيمة الجلد مدبوغا ويعطي
ما زاد الدباغ فيه لان ملكه باق فيه ولهذا ياخذه وهو
مال متقوم فيضمنه له مدبوغا بالاستهلاك كما في صبغ
الخل ثم يعطيه ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه
ثم استهلكه فان الغاصب فيه يضمن قيمة الثوب مصبوغا
ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه وهذا لانه واجب الرد عليه
فاذا فوته عليه وجبت عليه قيمته خلفا عنه كما في الوديعة
والمستعار بخلاف الهلاك لانه لم يوجد منه التفويت
وكونه غير مضمون عليه لا ينافي وجوب ضمان الجناية
والاستهلاك جناية فيضمنه به كما في الوديعة والعارية
والمستاجرة وكذا الوديعة شيء لا قيمة له يضمنه بالاستهلاك
دون الهلاك فتبين بهذا ان الهلاك يفارق الاستهلاك وقوله
يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على خلاف الجنس بان قضي
لاحدهما بالدراهم وللاخر بالدنانير واما عند اتحاد الجنس
فيحط عن الغاصب قدر ما زاد الدباغ فيه ويؤخذ منه
الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ذلك القدر ثم الرد عليه ولابي
حنيفة ان ماليته وتقومه حصل بفعل الغاصب وفعله
متقوم لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه
حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع
الملك والجلد غير تابع للصنعة فجعلناه لثبوته قبلها
وان كان تعين متقوم بخلاف ما اذا دبغه بشيء لا قيمة له لان
الصنعة فيه لم يبق حقا للغاصب بعد الاتصال بالجلد
ولهذا لا يكون له حبسه ولا الرجوع ببدلها وبخلاف الذكي

والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن
تابعا للصبغ وبخلاف المستعارة ونحوه ولانه لم ينفصل لدبغ
حق بالكلية فضلا ان تكون المالية حصلت بفعله وغير المتقوم
انما يضمن بالجناية اذا لم يكن مستفادا من جهته به فلا ضمان
عليه الا ترى ان المشتري لما كان مالكا للمبيع من جهة البائع
بثمن يجب عليه لا لم لا يجب على البائع الضمان بحبسه بهلاك المبيع
وهنا مالية المغصوب وتقومه حصل بفعل الغاصب
بعوض يجب له على المالك فلا يجب عليه ضمانه بالاستهلاك
كما في مسألة تخليل الخمر والدبغ بشيء غير متقوم ولو كان قائما
فاراد المالك ان يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته فيما اذا
دبغه بشيء متقوم ليس له ذلك بالاتفاق لان الجلد لا قيمة
له فلو كان المغصوب جلد مذكى كان له ذلك قال مشايخنا
هذا الفرق بين جلد الميتة وبين جلد المذكى شيء ذهب اليه
الحاكم الشهيد والجواب في المذكى والميتة واحد كذا في المحيط
بخلاف صبغ الثوب لان للثوب قيمة وقيل عندهما يترك
ويحمله ذلك فيضمنه لان الغاصب صار عاجزا عن الرد
بتركه عليه فصار كالاستهلاك وفيه يضمن الغاصب
عندهما ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد
الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل يضمنه قيمة جلد ذكي
غير مدبوغ ولو جعل الغاصب الجلد فروا وجرابا او زقا
لم يكن للمغصوب منه عليه سبيل لانه تبدل الاسم والمعنى
بفعل الغاصب وبه يملكه على ما بينا ثم ان كان الجلد
ذكيا وجبت عليه قيمته يوم الغصب وان كان جلد ميتة
فلا شيء عليه هكذا ذكره في النهاية من غير تفصيل ولا خلاف
معزيا الى الايضاح والذخيرة وينبغي ان يكون على الخلاف

والتفاصيل

والتفاصيل التي تقدم ذكرها في الاستهلاك لانه استهلاك معنى
بلى ولا ضمان باتلاف الميتة ولو لذمي كانت وتقدم للشارح
ما يفيد ذلك وقدمنا الكلام ثمة ولا ضمان ايضا باتلاف
متروك التسمية عمدا ولو لمن يبيحه اي ولو كان مملوكا
لشافعي يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة اي فقد ثبت بالنص
انه حرام وذلك قوله تعالى ولا تاكلوا ليس بمال ولهذا لو قضى
قاض شافعي بحله ليس للقاضي الحنفي بعده الا ابطال حكمه
وقدمنا عن العناية والجواب عليه تسليم قول الشارح
لان الحرمة في حقنا فيمن حكما تتبعه وضمن بكسر معزف
بكسر الميم آلة اللهو من عزف الضرب لعب بالمعازف
الواحد معزف كمنبر على غير قياس قال الازهري وهو نقل
عن العرب قال واذا قيل المعزف بكسر الميم فهو نوع من
الطنابير يتخذه اهل اليمن قال وغير الليث يجعل العود
معزفا وقال الجوهري المعازف الملاهي وذلك كربط على وزن
جعفر وهو من ملاهي العجم ولذا قيل انه معرب ونحوه المزمار
والدف والطبل والقضيب ولو كان ابن كمال قال الشيخ الرحمتي
هذا يشعر بان الحكم في معزف الكافر كما هو مدلول لو الواصلة
ان ما قبلها اولى بالحكم مما بعدها وليس كذلك بل ضمان
معزف الكافر اولى بالحكم الا ترى انه يضمن خمره وخنزيره
ولا يضمنان للمسلم لانه يتركه وما يدين وليس بمخاطب
بفروع الشريعة ولذا قال في الهداية ويضمن بكسر معزف المسلم
للعلم بان الكافر يضمن معزفه اتفاقا وعبارة ابن الكمال
وانما لم يقل لمسلم كما قال صاحب الهداية لعدم الفرق بين
كونه لمسلم او كافر وقد علمت وجه تقييد صاحب الهداية
بالمسلم لانه محل الخلاف اهـ وقد نقل في المنح الاتفاق على

ضمان معرف الكاف بكسره قيمته خشبا منحوتا صالحا لغير
اللهو ففي الدف يضمن قيمته دفا يوضع فيه القطن وفي
البربط يضمن قيمته قصعة يجعل فيها الثريد ونحو
ذلك ذكره قاضيخان وقال في الملتقط عن ابي حنيفة انه
يضمن قيمته خشبا الواحا وقال الفقيه ابو الليث
كانوا يقولون ان معنى قول ابي حنيفة انه يضمن
قيمته انه لو اشتري لشيء اخر سوى اللهو كجعله وعا
الملح وضمن القيمة لا المثل لمنع المسلم عن تملك عينه
بارقة سكر بفتحتين وهو نقيع الرطب اذا غلا واشتد
ومنصف هو العصير الذي طبخ وذهب نصفه وغلا
واشتد كما في العيني وسيجيء بيانه اي بيان كل واحد من
السكر والمنصف في كتاب الاشربة ان شا الله تعالى وصح
بيعها كلها اي المعازف وما بعدها وقالا لا يضمن باتلاف
هذه الاشيا وعلى هذا الخلاف النرد والشطرنج لانه يمكن
ان تجعل هذه الاشيا صنجات الوزن كما في المحيط والذخيرة
ولا يصح بيعها لانها معدة للمعصية فيسقط تقومها كالخمر
ولانه فعله باذن الشارع لقوله صلى الله عليه وسلم
بعثت بكسر المزامير وقتل الخنازير ولقوله صلى
الله عليه وسلم من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم
يستطع فبلسانه وذلك اضعف الايمان والكسر هو
الانكار باليد وهذا لو فعله بامر ولي الامر كالامام لا يضمن
فبامر الشرع اولى ولابي حنيفة رح انه اتلف مالا ينتفع
به من وجه اخر سوى اللهو فلا تبطل قيمته لاجل اللهو
كاستهلاك الامة المغنية لان الفساد مضاف الى فعل
فاعل مختار وجواز البيع ووجوب الضمان مبنيان

على

على المالية وقد وجد والامر بالمعروف باليد الى ولي
الامر بقدرتهم عليه وليس لغيرهم الا باللسان على
انه يحصل بدون الاتلاف بالمنع والاخذ منه لم يضمن
قيمتها صالحة لغير اللهو هذا اذا كان المتلف غير الامام
او مأموره والا فلا ضمان اتفاقا واما الصليب فيضمن
كاسره قيمته صليبا لانه مال متقوم في حقهم وقد امرنا
ان نتركهم وما يدينون قال في محيط السرخسي قال
محمد مسلم اتلف صليبا منقوشا يضمن قيمته غير
منقوش بتماثيل وان كان تماثيل مقطوع الراس يضمن
قيمته منقوشا لانه غير حرام بمنزلة شجر منقوش
وان احرق بساطا فيه تماثيل رجال فعليه قيمته منقوشا
لان التماثيل في البساط غير محرم لانها توطى قال هشام
قلت لمحمد اذا احرق بابا منحوتا عليه تماثيل منقوشة
قال في قوله يضمن قيمته غير منقوش بتماثيل فان
كان صاحبه قطع روس التماثيل ضمن قيمته منقوشا
بمنزلة منقوش شجر كذا في المحيط ولو هدم بيتا مصورا
بالاصباغ بصور التماثيل في البيت نهى عنها كذا في السراج
ولو استهلك اناء فضة عليها تماثيل فعليه قيمته غير
مصورة وان لم يكن للتماثيل روس فعليه قيمته مصورة
كذا في خزانة المفتين قال الزيلعي ثم الامر بالمعروف والنهي
عن المنكر فرض ان كان يغلب على ظنه انه يقبل منه ولا
يسعه تركه ولو علم انه يهان لذلك او يضرب وهو لا يصبر
على ذلك او يقع في الفتن فتركه افضل ولو علم انه يصبر
على الضرب والهرم ولم يصل الى غيره بذلك ضرر فلا باس
به حتى هو مجاهد بذلك ولو علم منهم انهم لا يقبلون منه ولا يخاف

مبهم ضربا ولا شتما فهو بالخيار والامر افضل من السكوت اه
وعليه اي على قولها الفتوى ملتقى ودرر وزيلعي وغيرها
واقره المص ولفظها في الزيلعي والفتوى في زماننا على قولها
لكثرة الفساد فيما بين الناس وفي النهاية وذكر الصدر الشهيد
في باب العدوى والاعدام من ادب القاضي رواية اصحابنا
رح انه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وانواع الفساد
حتى قالوا لا باس بالهجوم على بيت المفسدين وقيل
يراق العصير ايضا قبل ان يشتد ويقذف دار يتعلى من
اعتاد الفسق وقد روي عن ابي عمر رض انه احرق البيت
على السعدي حين سمع شرابا في بيته وقد هجم عمر رض
على نائحة في منزلها وضربها بالدرة حتى سقط خمارها
فقيل له يا امير المومنين قد سقط خمارها فقال انها
لا حرمة لها وتكلموا في قوله لا حرمة لها قيل معناها
انها لما اشتغلت بالاجل في الشرع فقد اسقطت بما
صنعت حرمتها والتحقت بالاماء وروي ان الفقيه ابا بكر
البلخي خرج على بعض نهر وكان النساء كاشفات الرؤس
والرزاع على شط فقيل له كيف تفعل هذا فقال لا حرمة
لهن انما الشك في ايمانهن كانهن حربيات وانما قال ذلك
استدلالا بما روي عن عمر رضي اه واما طبل الغزاة زاد
في حظر الخلاصة وطبل الصيادين والدف الذي يباح
ضربه في العرس فيضمن على متلفه اتفاقا فالاباحة الحاصلة
في اتخاذه كما سياتي ان شاء الله تعالى في الحظر وفي التترخانية
والطبل الذي يضرب للصبيان يضمن بالاتلاف من
غير خلاف اه كالامة المغنية لو قتلها شخص لمعصيتها
وجبت عليه قيمتها غير صالحة للغنا ونحوها كلبش نطوح

اي الذي

اي الذي علم كذلك وحمامة طيارة ولو لم تجلب حمامات
الناس الى منزلها وديك مقاتل وعبد خصي حيث يجب
قيمتها اي قيمة كل واحد منها بالنظر الى حال كونها غير صالحة
لهذه الامور ويضمن قيمة العبد غير مخصي وفي السراج
ولو قتل جارية مغنية ضمن قيمتها غير مغنية الا ان يكون
الغنا ينقص القيمة فانه يضمنها على ذلك لان الغنا معصية
فلا يجوز ان يتقوم على الغاصب وان كان ينقص القيمة
فهو عيب فيعتد به في حق الغاصب وفي المحيط ولو كانت
الجارية حسنة الصوت الا انها لا تغني ضمن على حسنة الصوت
والحمامة اذا كانت تزعق والفاختة اذا كانت تزعق يعتبر
قيمتها مزعقة والحمامة اذا كانت تجي من بعيد لا يعتبر قيمتها
على ذلك والفرس الذي يسبق عليه فهو على السابق
قيمته وفي الحمامة اذا كانت طايرة يعتبر قيمتها غير طايرة
وكذلك كل شي يكون بغير تعلم وفي محيط السرخسي ولو اتلف
كبشا نطوحا او ديكا مقاتلا لا يضمن بهذه الصفة لانها
محرمة غير متقومة ونسم بهذه الحيوانات على انه لو قتل ذئبا
او اسدا اهل لا يضمن وان قتل قردا فهو ضامن لان القرد له
قيمة لان القرد يخدم في البيت فصار بمنزلة الكلب كذا في محيط
السرخسي ولو قتل سنور حمامة انسان لا ضمان على صاحب
السنور كذا في الخزانة ولو حذرها والقاها الى حمامة او
دجاجة فاكلتها قالوا ان كانت واحدة بها برمية ضمن وان اخذ
بعد الرمي والالقا لا يضمن كما في الخانية ولو غصب رجل
ام ولد رجل اخر فهلكت في يد الغاصب بان ماتت حتف
انفها لا يضمن وان ماتت بسعض بما يضمن به الصبي
الحر فان الغاصب يضمن قيمتها حالة كما في السراج ولذكرها هنا

فروع في غصب الصبي الحر فات الغاصب يضمن قيمتها
... الصبي إذا غصب صبيا حرا من أهله فمرض فمات
في يده فإن أبا حنيفة رح قال لا ضمان عليه وإن لم يمرض ولم
يمت ولكن عقره سبع فقتله أو نهشته حية فمات فإن على
عاقلة الغاصب الدية وجملة هذا أن الحر لا يضمن بالغصب
صغيرا كان أو كبيرا لأن ضمان الغصب يقتضي التمليك
والحر لا يصلح فيه التمليك بالجناية لأن الجناية إتلاف فإذا ثبت
هذا فات الصغير بسبب لا يختلف باختلاف الأماكن فالضمان
على عاقلته فإن قتله رجل في يد الغاصب فإن للأولياء
أن يتبعوا أيهما شاؤوا فإن شاؤوا اتبعوا الغاصب بالدية
وإن شاؤوا اتبعوا القاتل فإن اتبعوا الغاصب رجع على القاتل
وإن اتبعوا القاتل لم يرجع على الغاصب وكل هذا على العاقلة
لأنه ضمان جناية ولو أن الصبي قتل نفسه أو وقع في بئر
أو سقط عليه حائط فمات فإن الغاصب ضامن وعلى
عاقلته الدية ولهم أن يرجعوا على عاقلة صاحب الحائط
إن تقدم إليه الغاصب بنقضه ولو قتله رجل عمدا كان
أولياؤه بالخيار إن شاؤوا قتلوا القاتل وبرئ الغاصب
وإن شاؤوا اتبعوا الغاصب بالدية على عاقلته ويرجع عاقلة
الغاصب على القاتل كذا في السراج ولو غصب حرا صغيرا فغرق
أو احترق في ضمن الإذا مات حتف أنفه كذا في خزانة المفتين
وإن قتل الصبي نفسه فديته على عاقلة الغاصب ولا يرجعون
بها على عاقلة الصبي وكذلك لو أتى على شيء من نفسه اليد
أو الرجل أو ما أشبه ذلك وكذلك إن ركب دابة فألقته نفسه
منها وهذا كله قول أبي يوسف وقال محمد لا ضمان على الغاصب
بجناية الصبي على نفسه كذا في المحيط ولو أن الصبي قتل

رجلا في يد الغاصب فوده على أبيه فضمن عاقلة الصبي دية
الرجل ثم يكن لهم أن يرجعوا على عاقلة الغاصب بشيء كذا
في السراج خدع امرأة رجل وابنته الصغيرة وأخرجها
من منزل زوجها وأبيها فإنه يحبس حتى يأتي بها أو يعلم
من حالها عن أبي يوسف رجل سرق صبيا فسرق من
يده ولم يعلم له موت ولا قتل لا يضمن ولكن يحبس حتى
يأتي به أو يعلم بحاله كذا في المحيط بخلاف موت المدبر
في يد غاصبه فإنه يضمن قيمته لمولاه لتقوم المدبر بثلثي
قيمة القن وقيل بنصفها أفاده العيني ولا يملكه بأداء
الضمان لأنه لا يقبل النقل من ملك إلى ملك والمدبرة
كالمدبر وأم الولد تقوم في العتق أنها لا تقوم عند
أبي حنيفة وقالا يضمنها الغاصب إن ماتت حتف أنفها
في يده لتقومها بثلث قيمة القن عندهما والأصح أنها
متقومة بنصف قيمتها قنة وقال خواهرزاده وعليه الفتوى
ولو كان المغصوب مدبرا وأبق عند الغاصب فإنه يضمن
القيمة لأن المدبر يضمن بالغصب ولكن لا يصير ملكا للغاصب
حتى لو ظهر رده على المولى ويسترد منه القيمة وليس للغاصب
حبسه لأجل القيمة كذا في شرح الطحاوي رجل غصب مدبرا
قيمته ألف وزادت قيمته في يده فصارت ألفين فغصب
منه آخر وأبق من يد الثاني أو مات فللمالك أن يضمن أيهما
شاء قيمته يوم غصب أيا له أن يضمن الغاصب الأول ألفا
وغاصب الغاصب ألفين فإن ضمن الأول ألفا رجع الأول
على الثاني بألفين وطاب له الألف وتصدق بالألف الآخر فإن
ظهر يعود على ملك المولى ويجب عليه رد الألفين على الغاصب
الأول ويجب على الغاصب الأول رد الألفين إلى الغاصب الثاني

ثم المالك اذا ضمن الاول وعاد المدبر الى يد الثاني بعد اتباع المولى الاول بالالف قبل ان يستوفيها فمات في يده لا يضمن الثاني لانه بريء عن ضمان الغصب حيث اختار المولى تضمين الاول ولم يحدث بعد ذلك منع حتى لو طلب المولى ومنعه ثم مات يضمن لان المنع من المالك غصب مستأنف ولذا اذا قتله الثاني خطأ فللمولى ان يرد الالف الى الاول ويتبع عاقلة الثاني بالفي درهم ولو لم يضمن المولى الاول شيئا حتى قتله الثاني ثم ضمن الاول وهو يعلم بقتل الثاني او لا يعلم برئ الثاني وخير الاول فان شاء ضمن الالف الثاني ضمان الغصب وان شاء ضمن عاقلته ضمان الجناية كذا في الكافي حل رجل قيد عبد غيره فابق العبد لا يضمن المزيل للقيد وفي المحيط رجل دفع غلاما الى اخر مقيدا بالسلسلة وقال له اذهب به الى بيتك مع السلسلة فذهب بدون السلسلة فابق العبد لا يضمن خلافا لمحمد قال السرخسي هذا اذا كان العبد مجنونا فان كان عاقلا لا يضمن اتفاقا شرنبلالية عن البزازية او حل رجل رباط دابة او دابة رجل اخر فذهبت الدابة لا يضمن بالحل شيئا او فتح رجل باب اصطبل اي اصطبل رجل اخر فخرجت الدواب منه وتلفت لا يضمن الفاتح او فتح باب قفص طائر فطار منه الطير المحبوس فذهبت هذه المذكورات من العبد والدابة المحلولة والدواب من الاصطبل والطير وفي العمادية ولو حل قطار ابل وحل بعضها لا يضمن لانه لم يغصب ابدا وعدم الضمان قولهما خلافا لمحمد في الدابة والطير وظاهر ما قدمناه عن السرخسي ان الخلاف في العبد ايضا وظاهر القهستاني والبرجندي ان الخلاف في الكل وانه المودع لو فعل

ماذكر

ماذكر ضمن بالاتفاق لالتزامه الحفظ كما في الدر المنتقى وفي القهستاني ولو فتح باب اصطبل او قفص طائر فعند محمد يضمن وعنه انه لو طار او ذهب على الفور ضمن والا فلا وفي الشرنبلالية قال في النظم لو زاد على ما فعل بان فتح القفص وقال للطير كش كش او باب اصطبل فقال للبقر هش او للحمار هر يضمن اتفاقا واجمعوا انه لو شق الزق والدهن سايل او قطع الحبل حتى سقط القنديل يضمن او سعى رجل الى سلطان الساعي يقال له المثلث قال كعب الاحبار لعمر رضي الله عنه الملك فقال شر الناس المثلث يعني الساعي باخيه الى السلطان يهلك ثلاثة نفسه واخاه وامامه لطيفة سعى واشي الى خليفة بان فلانا مات عن ولد صغير ومال فقال الخليفة الولد نبته الله والمال ثمره الله والساعي دمره الله فقال الساعون للخليفة يرحمه الله بمن يؤذيه والحال انه اي المؤذي لا يدفع اي لا يمكن دفعه بلا رفع الى السلطان افاد بهذا انه لو امكن دفعه بلا دفع ورفعه وغرمه غرم الشاكي وسعى رجل بمن يباشر الفسق ولا يمتنع المباشر بنهيه حتى اراه على ذلك وبعده قال السيد احمد والظاهر ان هذه المسألة والتي بعدها لا ضمان فيها اتفاقا لازالة الضرر او قال الساعي لسلطان قد يغرم وقد لا يغرم فقال الساعي لهذا السلطان الموصوف انه اي المسعي به وجد بين فغرمه السلطان شيئا وظاهره انه لو كان وجده حقيقة لا يضمن في هذه المذكورات قال في النهاية شرحا ومن سعى وغرم الى سلطان ولو غير جائر فيضمن الساعي مطلقا وعليه الفتوى كما في الجواهر ونقل في

المنح عن الخانية لو سعى رجل الى سلطان ظالم وقال ان لفلان
مالا كثيرا وانه وجد مالا او اصاب ميراثا او قال عنده مال
فلان الغايب او انه يريد الفجور باهلي وكان السلطان
ياخذ المال بهذه الاسباب كان ذلك سببا موجبا للضمان
اذا كان كاذبا فيما قال وان كان صادقا فيما قال الا انه لا
يكون متظلما ولا محتسبا في ذلك فكذلك وان قال انه
ضربني وظلمني وهو كاذب في ذلك كان ضامنا اهـ
وفي العدة ومن قال عند سلطان ان لفلان فرسا جيدا
او جارية جميلة والسلطان ياخذها يضمن ولو كان
الساعي عدلا يطالب بعد العتق وسوا اخبر الساعي عند
السلطان او عند غيره اذا كان ذلك الغير يحمله يقدر
على اخذ المال منه ولا يمكنه رفعه ضمن الساعي وفيها
ايضا من اشترى شيا فقيل انك اشتريت بثمن غال
فسعى المشتري بالبايع عند ظالم فاخبره ان قال صدقا
لا يضمن وان قال كذبا يضمن وفي فتاوى قاضي ظهير
الدين الساعي اذا سعى بغير ذنب اصلا يضمن كذا اختار
مشايخنا المتاخرون منهم القاضي علي السغدي والحاكم عبد
الرحمن وغيرهما وجعلاه بمنزلة المودع اذا دل سارقا على
الوديعة وذكر صدر الاسلام البزدوي في اصول الفقه
في فصل انواع السبب وهذا لفظه وهو ما اذا سعى انسان الى
سلطان في حق اخر حتى غرمه السلطان مالا روي عن
بعض علمائنا انهم كانوا يفتون ان الساعي يضمن وبعضهم
فرق بين سلطان وسلطان فقال ان كان السلطان
معروفا بالدعارة وتغريم من سعى به اليه يضمن وان لم يكن
معروفا بذلك لا يضمن قال ونحن لا نفتي به فان هذا خلاف

اصول اصحابنا فان السعي سبب محض لاهلاك المال فان
السلطان يغرمه اختيارا لا طبعا ولكن نورايه القاضي تضمين
الساعي له ذلك لان الموضع موضع الاجتهاد فيحمل نقل الرأي
الى القاضي كذا في العمادية قلت وفي خلاصة الفتاوى وفي
شرح الامام شمس الاسلام اي البسرمن المبسوط في كتاب
اللقيط من سعى الى سلطان حتى غرمه لا يخلو من وجوه
ثلاثة احدها ان كانت السعاية بحق نحو انه كان يؤذيه
ولا يمكنه دفع ذلك الا بالرفع الى السلطان او كان فاسقا
لا يمتنع عن الفسق بالامر بالمعروف وفي مثل هذا لا يضمن
الساعي الثاني ان يقول ان فلانا وجد كنزا وظهر انه كاذب
ضمن الا اذا كان السلطان عادلا لا يغرم بمثل هذه السعاية
او قد يغرم وقد لا يغرم لا يضمن الساعي الثالث اذا وقع في
قلبه ان فلانا يجيء الى امرأته او جاريته فرفعه الى السلطان
فغرمه السلطان لم يظهر كذبه عندهما لا يضمن الساعي وعند
محمد يضمن قال والفتوى على قول محمد لغلبة السعاة في زماننا
قال والقاضي ابو علي السغدي والحاكم عبد الرحمن افتيا بوجوب
الضمان على الساعي اهـ ولو غرمه السلطان السنة بمثل هذه
السعاية ضمن الساعي بما اخذ منه وكذا يضمن الساعي لو سعى
بغير حق عند محمد رحمه الله اي الساعي قال في الاشباه
وهو قول المتاخرين لغلبة السعاة اهـ وقد نقل شيخ سراج
الدين قاري الهداية بما اذا كان عادة الظالم من رفع اليه
ويعاون عنده فيه ان ياخذ منه مالا مصادرة يضمن الساعي
في هذه الصورة ما اخذه الظالم هذا هو المفتى به وزاد في السراجية
ان تكون السعاية بغير حق من كل وجه وعليه الفتوى وقال
في الخانية بانه لا يكون محتسبا ولا متظلما الذي في حاشية ابن المص

علي الاشباه وبه يفتي وقال خير الدين ما قرب الي الصواب
لما نشاهده من عدم التخلف عن اخذ المال لا سيما في هذا الزمان
العجيب الحال اه قلت وفي زماننا الحال اعجب وسئل ايضا بما
نصه نظما من البسيط شعر

يا ايها العالم المرضي سيرته ٭ ماذا الجواب عن الساعي الشقي الجالح
يسعى بشخص لكي يظلم بالهلكة ٭ فيا خذ المال قهرا منه بالربح

فاجاب

افتى بتضمينه حذاق مذهبنا ٭ لما راوه جميعا ضوا من الوضح
لانه مثل من الق صاحبه ٭ عمدا بمهلكة في اسوا السرح
كما نشاهد في الاقطار اجمعها ٭ وفيه من ابلغ الاصار والسرح
قد قاله العبد خير الدين معترفا ٭ بالذنب لكن حسن الختم بالفرج
والجلح بكسر اللام لا بفتحها ولعله بمعنى الجالح قال في القاموس
المجالحة المكالحة والمجاهرة بالامر والمكاشفة بالعداوة والمكابرة
واما الجالح المحرك فهو انحسار الشعر من جانبي الراس والربح
بالتحريك الجبل والابل تجلب للبيع اه وارتكب فيه التجريد
عن بعض المعنى واراد مطلق الجبل والابل والبا للاستعانة
وفيه ايضا الوضح بالتحريك بياض الصبح والقمر والبرح الشدة
والشر والترح بالتحريك الهم والهبوط اه كذا في حاشية
السيد احمد رح قال في المنح وذكر الامام عمر الحلواني ان كان
السلطان معروفا بالظلم فصادره بسبب سعايته فعلى
الساعي الضمان وان لم يكن معروفا بالظلم فلا ضمان عليه
قلت لا حاجة الي هذا التقييد في هذا الزمان والفتوى اليوم بوجوب
الضمان على الساعي مطلقا لما حكيناه عنه وان كان المذكور
في البزازية عن ابي القاسم الصفار انه لا شيء عليه في الدنيا
وانما الوزر عليه في العقبى اه وعزر الساعي كما افتى به

خير الدين

خير الدين وقد جوز السيد ابو شجاع قتله فانه من يسعى في
الارض بالفساد وبيان قاتله موكذا يفتي بتعزيرهم وجواز
القتل لا يدل على الكفر كما في قطاع الطريق والاعوان من محاربي
الله ورسوله قاله في البزازية ومثله في منهل الاحكام ومحاضراوي
وفي القنية رافع الى الائمة البخاري اخبر الظلمة ان لفلان
حنطة ومطمورة فاخذوها منه فله ان يرجع بها على المخبر
وكذا اذا علمها الظالم لكن امره الساعي بالاخذ يضمن وقال
رافع المبرهان صاحب المحيط قال انسان لفلان فرس جيد
فاخذه منه فهو ضامن وقال رافع الاول اشترى جارية
بغيبة النخاس ومضى على ذلك زمان ثم خرج النخاس
واخذ من المشتري ثلاثة دنانير غاسنه فللمشتري ان يرجع
بما اخذه منه على المخبر قال في القنية وهذه وقعة زماننا
في ديارنا فان الظلمة ياخذون الدمغات من جميع السباع
في اخبرهم ببيع او شرا اخذ الدمغات اوبعثه منه يضمن
وللمظلوم ان يرجع عليه اه ولو كان الساعي عبدا ظاهره
ولو ماذونا طولب العبد بالضمان بعد عتقه ولا محالة
للوصول الى ما في يده فانه مال مولاه او مال غرمائه ان كان
مديونا بدين محيط ولو سعى رجل الى سلطان ثم رجل
فاخذ منه مالا لزم مات الساعي فللمسعى به المطلوب ان ياخذ
قدر الخسران من تركته اي من تركة الساعي هو الصحيح جوهرة
الفتاوى قال في المنح وكان ديدني تضمين الساعي وذكر الامام
القاضي على السغدي وغيره من مشايخنا انه على الساعي
ضمان فانهم سعاة وجعلوه بمنزلة المودع اذا دل السارق
على سرقة الوديعة صيانة لاموال المسلمين ولو وقع من
الدلال المناع للخزانة السلطانية او الامير ما لا يتعاطون

فيه فاخذ منه بذلك القدر يضمن الوالي اذا علم بتمام قيمته
اه وسيأتي عن الوهبانية وينقل عن المصنف في المنح عن
العمادية عازيا الى متفرقات العتابي للقاضي ظهير الدين
انه لو ادعى رجل على آخر سرقة وقدمه الى السلطان وطلب
منه ان يضربه حتى يقر فضربه مرة او مرتين وحبسه فخاف
المحبوس من التعذيب وصعد السطح ليتفلت ثم مات
المشكو عليه بسقوطه من سطح حوانيته وقد كانت حقيقة
الحال في هذه الحادثة فظهرت السرقة على يد غيره غرم
الشاكي ديته اذا كان ملوثا اي طالب الساعي بالغرامة
التي ادعاها الى السلطان وياخذه صاحب السرقة بدية ابيهم
وعلله النجم الرحمتي بان المشكو عليه كان مضطرا الى الهروب
ملجأ اليه والشاكي متسبب وقد ظهر ظلمه حيث تبين انه
سرقة عند غيره كما هو في عبارة المصنف التي نقلناها فكان الشاكي
متسببا متعديا فيضمن الدية وهل تتحملها العاقلة الظاهر
نعم اه لا يغرم الشاكي دية المشكو عليه لو مات بالضرب
الشديد الحاصل من السلطان لتقدم كلام لان افضاء
الضرب الى الهلاك نادر فلم يكن تسببا فيه ومر في باب
السرقة نقلا عن المنح عن القنية شكا عند الوالي بغير
حق واتى بما يزيد فضرب المشكو وكسر سنه او يده ضمن
الشاكي ارش ذلك كالمال وتمامه فيه فتامل وفي الدر المنتقى ولو
كتب عامل الساعي اهلها من سلطانه ودفع سلطانه الى
اعوان واخذوا منه دراهم فالمظلمة على كل من الثلاثة
في الدنيا والاخرة ولو امر انسانا باخذ مال الغير فالضمان
على الاخذ ولو في كل موضع لم يصح الامر اه امر شخص
عبد غيره بالاباق او قال شخص له اي لعبد غيره اقتل

نفسك

نفسك فيفعل ذلك بان ابق او قتل نفسه وجب عليه
اي على الامر قيمته اي قيمة العبد المامور لسيده لانه صار
مستعملا له ولو قال رجل اي لعبد غيره اتلف مال مولاك فاتلف
العبد امتثالا لامر الامر لا يضمن الامر والفرق بين ماله مره
باتلاف مال مولاه انه لا يضمن ان الامر بسبب امره بالاباق
والقتل صار غاصبا لانه اي الامر مستعمله في ذلك الفعل
واما بامره للعبد بالاتلاف اي باتلاف مال مولاه لا يصير
الامر غاصبا المال اي مال مولاه بل يصير الامر غاصبا للعبد
وهو اي العبد المغصوب قائم لم يتلف ولا ضمان الا باتلاف
في نفسه واما حصل التلف للمال بفعل العبد ولو امره باتلاف
مال رجل اجنبي مولاه لم يرجع على امره وعللوه بان الامر
صار مستعملا للعبد فصار غاصبا ذكره في الشرنبلالية عن
جامع الفصولين واعلم ان الامر بالاتلاف لا ضمان عليه
بسبب الامر ووجه عدم صحة الامر انه لا ولاية له عليه حتى
فلو كان له عليه ولاية لكانه منزلة بين اثنين استعارها
اجنبي من احدهما فامر رجلا بتسليمها للمستعير فدفعها له
فلا شبهة في ضمان الامر الشريك لان تسليم المأمور كتسليمه
هو وان شاء ضمن المامور لتعديه بدفعها للغير بغير اذنه
تامل قاله الخير الرملي في حاشية المنح فلو امره باخذ مال
الغير ضمن الاخذ لا الامر لان الامر لم يصح وفي كل موضع
يصح الامر لا يضمن الامر كما في شرح تنوير الاذهان احدهما
اذا كان الامر سلطانا اذ امر السلطان اكراه اذا كان المامور يعلم
انه لو لم يمتثل امره يعاقبه بخلاف غير السلطان فلو يكون
الضمان على السلطان لا على مأموره ابو السعود وثانيهما
ما اشار اليه بقوله او كان الامر ابا او امر الاب ابنه البالغ ليوقد

نار الى ارض فى يوم ريح او نار لا يوقد مثلها والا فلا ضمان على
المالك او كانت ارض الجار قريبه بحيث يصل اليها شرر النار
غالبا والا فلا ضمان على المالك لو فعل ذلك كما فى جامع
الفصولين فكذا يضمن الابن بامره ثم الابن لو اوقد حيث يخشى
وتعدت الى ارض جاره فاتلفت شيا يضمن الابن لان
الامر صح فانتقل الفعل اليه كما لو باشره الاب بخلاف ما لو
استاجر نجارا لسقط جدار على قارعة الطريق فسقط
وتلف به انسان فان الضمان على النجار لعدم صحة
الامر كذا فى شرح تنوير الاذهان قال السيد احمد وظاهر
هذا التصوير انه ليس المراد كل امر من الاب للبالغ حتى
لو امره باتلاف مال او قتل نفس يكون ضمانه على الابن
لفساد الامر وانما ما اشار اليه بقوله او كان الامر سيد
للمامور فيضمن السيد بالامر وانما ما اشار اليه بقوله
او كان المامور صبيا قال فى العمادية لو قال لصبى محجور
اصعد هذه الشجرة فانفض لى ثمارها فصعد وسقط
تجب ديته على عاقلة الامر ولو امر صبيا باتلاف مال الغير
فاتلف ضمن الصبى ويرجع به على الامر وكذا لو امره بحمل
شىء او كسر حطب بلا اذن وليه ولو لم يقل اصعد بل قال
اصعدها وانفض لنفسك او نحوه فسقط ومات
فالمختار هو الضمان وقيل لا ضمان كما فى جامع الفصولين
وفى الخانية حر بالغ امر صبيا بقتل رجل فالدية على عاقلة
الصبى ثم يرجعون على عاقلة الامر ولو الامر صبيا
ايضا فلا رجوع ولو عبدا ماذونا لا يضمن الامر اه ملخصا
وخامسها ما الحق اليه بقوله او كان المامور عبد امره رجل
باتلاف مال غير سيده فقد تقدم حكمها قريبا ومثله اذا

امره

امره بالاباق او بقتل نفسه وسادسها ما اذا امره بحفر باب
فى حائط الغير فحفر ثم جاء ورجع على امره قال فى جامع الفصولين
لو قال احفر لى فانه يرجع على الامر وان لم يقل لى لا يرجع على الامر
حموى وفى عمدة الفتاوى قال رجل لاخر انقب لى بابا فى هذا الحائط
فنقب والحائط لغيره يضمن ويرجع وكذلك لو قال احفر فى
حائطى او دارى ولم يكن ساكنا فلا رجوع اه وفى المحيط لو
قال له احفر فى هذا الحائط بابا ولم يقل لى حائطى لم يرجع
عليه بالضمان فان كان ساكنا فيها او مستاجره فلم يرجع
بالضمان عليه اه اشباه فروع فى الامر بالاتلاف
وما يتصل به الجابى اذا امر العوان بانه بموكته بالاخذ فيه
نظر باعتبار الظاهر ولا يجب على الجابى الضمان وانما يجب
على الاخذ ولكن باعتبار السعى يجب على الجابى لتسامح
فى ذلك عند المتنوى وقال القاضى الامام فخر الدين فان
الفتوى ان الاخذ ضامن على كل حال ثم هل يرجع بذلك
على الامر ان كان دفع المأخوذ الى الامر يرجع وان هلك عنده
او استهلكه لا يرجع وان انفقه فى حاجة الامر بامره [illegible]
المامور بالانفاق من ماله فى حاجة الامر فان بعضهم
يوجب الرجوع وهو الاصح وذكر فى المحيط فى مسالة الجابى
والمختار انه لا يجب الضمان على الجابى كذا فى العمادية الجابى
اذا راى العوان ببيت صاحب الملك ولم يامره بشىء [illegible] و
الشريك اذا راى العوان ببيت الشريك حتى اخذ ثياب
واخذ من بيته رهنا بالمال الذى طولب به لاجله وضاع
الرهن فالجابى والشريك لا يضمنان بلا شبهة لانه لم يوجد
منهما امر ولا عمل كما فى المحيط اذا امر رجل غيره ان يذبح هذه
الشاة وكانت لجاره علم انه الشاة لغير الامر ولم يعلم وهل

يرجع على الامر ان علم ان الشاة لغير الامر حتى علم ان الامر
لم يصح لا يكون له حق الرجوع وان لم يعلم حتى ظن صحة الامر
يرجع كذا في الذخيرة رجل امر رجلا بذبح شاة مملوكة ثم ان
الامر باعها قبل ان يذبحها المامور فذبحها المامور ضمن قيمتها
للمشتري سواء علم بذلك او لم يعلم وليس له ان يرجع على
الامر بشيء علم او لم يعلم لان الامر لم يغيره في ذلك كذا في الظهيرية
وفي فتاوى ابي الليث سئل ابو بكر عن رجل جاء بدابة الى شط
نهر ليغسلها وهناك رجل واقف فقال الذي جاء بالدابة للرجل
الواقف ادخل هذه الدابة النهر فادخلها وغرقت الدابة وماتت
ان كان الماء بحال يدخل الناس فيه دوابهم للغسل والسقي
لا ضمان على احد لان للناس ان يفعل ذلك بنفسه
وبيده بغيره فان لم يكن الماء بحال يدخل الناس دوابهم فلصاحب
الدابة الخيار ان شاء ضمن السائس وان شاء ضمن المامور
هكذا ذكر هنا وفيه نظر وينبغي ان لا يجب الضمان على الامر
وهو السائس فان ضمن السائس لا يرجع السائس
على المامور وان ضمن المامور اذا كان المامور لم يعلم ان الامر
سائس الدابة حتى ظن صحة الامر رجع على السائس
كذا في المحيط وذكر في غصب العدة من قال لغيره احرق ثوب
فلان ففعل فالضمان على الذي حرق لا على الامر ولو قال رجل
لاخر احرق ثوبي هذا والقه في الماء ففعل لا يضمن لانه فعل
بامره لكنه ياثم كذا في خزانة المفتين امرأة قالت لرجل القِ
تراب البيت خارجا فالقى الرجل التراب ثم حضر زوج المرأة
فقال اني وضعت كذا ذهبا فالضمان على الرجل المامور
الذي القى التراب كذا في خزانة المفتين استعمل رجل عبد
الغير لنفسه بان ارسله المستعمل في حاجته وذهب

عقيب

عقيب امره بلا مهلة بخلاف ما لو تنصل بامره ذهابه فلا
ضمان كذا في البزازية وان هلك ولم يعلم المستعمل انه ابن
العبد لرسول عبدا وقال ذلك العبد الذي استعمله كذبا
اني حر ضمن المستعمل قيمته ان هلك العبد وقد قدمنا
عن الكافية انه لو بعث غلاما صغيرا في حاجته بغير اذن
احد فرأى الغلام غلمانا يلعبون فانتهى اليهم وارتقى سطح
بيت فوقع فمات ضمن الذي بعثه في حاجته لانه صار غاصبا
بالاستعمال عارية وفي باب العارية جاء رجل الى رجل اخر
وقال الحائك ابن جاء اليه اخر فاستعمله في عمل فاستعمله
في عمل فهلك الحائك ثم ظهر بعد موته انه ابن الحائك عبد ضمنه
المستعمل ان علم بكونه عبدا او لم يعلم هذا اذا استعمله في عمل
نفسه ولو كان استعمله لغيره اي في عمل غيره لا ضمان
على المستعمل لانه لا يصير المستعمل بذلك اي بالاستعمال
في عمل الغير غاصبا ولو كان ذلك الغير نفس الغلام كقوله
لعبد ارق الشجرة وانثر المشمش لتاكله انت فسقط العبد
بعد رقيه لم يضمن الامر لانه لم يستعمله في حاجة نفسه
بل في حاجة المخاطب وذلك بخلاف ما لو قال رجل لعبد
الغير ارق الشجرة وانثر المشمش لتاكله انت وانا ضمن
الامر قيمته كلها لان العبد اذا رقي بامره وسقط ميتا لانه
استعمله في نفعه قال في المنح اي افتى به قاضي خان
قال السيد احمد وفيه نظر قلت ووجهه انه نزل
نفسه في حاجة العبد ولقائل ان يقول انه قول لتاكل انت
ترغيب له في الرقي والا فالمقصود انما هو حاجة الامر من اكله
من الثمرة الساقطة وفي المنح غلام حمل كوزا ليستقي الى بيت
مولاه باذنه فدفع اليه رجل كوزه ليحمل له ماء من الحوض بغير

اذن الولي فهلك العبد في الطريق قال صاحب المحيط من يضمن
نصف قيمته ثم قال في ورقة الثانية يضمن كل قيمة العبد لان
فعله صار ناسخا لفعل المولى فيصير غاصبا كل العبد اه
غلام جاء الى فصاد فقال افصدني فقصده الفصاد
فصدا معتادا فغيره اي لو قصده قصدا غير معتاد ومات
من ذلك فانه يضمن بالاولى فمات العبد المفصود من ذلك
الفصد ضمن قيمة العبد مفعول مقدم وقوله عاقلة
الفصاد فاعل مؤخر لانه اذنه لم يعتبر وظاهره ولو
ماذونا لان ذلك ليس من التجارة وكذلك الحكم في الصبي اذا
جاء الى فصاد وقال له افصدني فقصده فمات الصبي من ذلك
تجب ديته على عاقلة الفصاد عادة فرع غصب
رجل عبد الغير ومعه مال للمولى صار الغاصب للعبد
غاصبا للمال ايضا حتى لو ابق العبد يضمن الغاصب المال
وقيمة العبد كما في العادية بل قال لا يضمن غاصب العبد
ثيابه التي عليه حال الغصب تبعا للضمان عينه وكان
ضمانه ثوبه تبعا للضمان عينه بخلاف ما لو غصب لحر
وعليه ثياب فانه لا يوجب على الغاصب ضمانه ولا ضمان
ثيابه لما انه تحت يده عادة وفي الوهبانية ولو غصب
رجل عبدا محترفا عالما بالصناعات متعددة من حدادة
ونجارة وحياكة وغيرها ثم نسي العبد المغصوب الحرفة جمع
حرفة بكسر الحاء المهملة وسكون الراء في يد الغاصب نقصها
ولذا لو نسي العبد المغصوب في يده صنعة القراءة او غصب
جارية فتية فشاخ المغصوب في يد الغاصب يرده على
المغصوب منه فانه يضمنه النقصان هكذا اذكر في
هذه المسائل ولذا اذا كانت ناهدة فانكسر ثديها عنده

الغاصب

الغاصب ولذا الغلام اذا غصبه شابا لفوت قوة الشباب
والعلة الشاملة للكل فوت وصف مقصود منه يزيد
في ماليته كالثور اذا عقر واصفر عند الغاصب افاده علائي
وفي المحيط هذا اذا كان النقصان يسيرا فان كان فاحشا
خير المالك بين الاخذ والترك وعليه الثمن الشايع بخلاف
ما لو غصب صبيا فشب عنده او نبت شعر وجهه عنده
فصار ملتحيا اخذه صاحبه ولا يضمن شيئا رجل غصب
عبدا حسن الصوت فتغير صوته عند الغاصب كان النقصان
ولو كان العبد مغنيا فنسي ذلك عند الغاصب لا يضمن
الغاصب كما في الخانية ولو علم الدلال قيمة سلعة فقوم
ذلك الدلال للسلطان ولواحد من امرائه انقص بخمس
يعني لو جاء رجل بسلعة يبيعها فاراد الامير شراءها فطلب
الدلال وقال قوم هذه السلعة كم تساوي في السوق
فالدلال قد تيقن في نفسه ان قيمتها عشرة فقال لصاحب
السلعة ارضا للامير ما هذه الا قيمتها خمسة فاعتز الرجل
وباعها ثم لما خرج الى السوق وجد التجار يريدونها بالعشرة
وما زاد عليها كان لصاحب السلعة ان يرفع الدلال الى القاضي
ويضمنه الخمسة الباقية وفرع على ذلك الطرسوسي تفقها
منه تقويم شهود القيمة املاك بيت المال واموال الايتام
والاوقاف الجائر للامراء والنواب كما هو المعتاد في بلادنا ويظهر
بعد ذلك انه انقص من قيمته العادلة يضمن فاحش
لا يتغابن في مثله اي فانهم يضمنون وقواه العلامة عبد البر
ومثله حيوان [illegible] اراد احد [illegible] شيئا لا ينتفع صاحبها
لانتفاء المقصود لانهما معا [illegible] في باب واحد وزوج
خف ومكعب والمصراعين وهما زوج على ذلك الا في احد

اجر الكتاب او كراريسه اذا كان الكاتب غير موجود اه يسلم
المالك السفينة الى الغاصب المتلف ان شاء ولم يشترط الفقيه
تسليم الباقي لانه يغصب احدهما صار غاصبا لهما جميعا والجمع
منه اي من الذي يلبس احدى فردتيه يحفر بدله مجموعا كاملا
فائـــدة قال ابن قتيبة الزوج يكون واحدا ويكون اثنين
وقال ابو عبيدة وابن فارس كذلك وفي الازهري انكر النحويون
ان يكون الزوج اثنين والزوج عندهم الفرد وهذا هو الصواب
وقال ابن الانباري العامة تخطئ فتظن ان الزوج اثنان وليس
ذلك من كلام العرب اذ كانوا لا يتكلمون بالزوج موحدا مثل
قولهم زوج حمام وانما يقولون زوجان حمام وزوجان
من خفاف ولا يقولون للواحد من الطير زوج بل للذكر فرد
وللانثى فردة وقال السجستاني لا يقال للاثنين زوجان من
الطير ولا من غيره فان ذلك من كلام الجهال وكل اثنين زوجان
كذا في الزهر شرح نظم الكنز للشيخ علي المقدسي قلت وفي
الحاوي لا يضمن في مسالة اتلاف احدى الفردتين الا السلعة
التي اتلفها فليس للمتلف عليه ان يسلم السفينة وفي الوجيز
ولو كسر احدا سرج ضمنها ولم يضمن السرج قال وكل شيئين
منفردين وشي واحد يخلص بعضه عن بعض بلا ضرر
مثل احنا السرج ودفتيه فانه يضمن ما جنى عليه من ذلك
ولا يضمن غيره وكذا في الذخيرة ايضا وفي البزازية هو المختار
في لو كسر حلقة خاتم فيها فص فانه لا يضمن الا الحلقة واقره الشرنبلالي
وذكر الشرنبلالي في شرحه على الوهبانية ما يفيد ان السقاطات
لشيء نفيس كما نبهنا اذا عرف انه كالمشروط كذلك
وانه ينبغي القول بتضمين القاضي ايضا سيما في سنيناك وفي
ومال يتيم وعبارة الشرنبلالي وخرج على هذا تفويت شهود القيمة

والقسمة وشيخ الصبيان ونحوهم لاموال الايتام والاوقاف
الخراب للامراء والنواب والحكام كما هو المعتاد ويظهر فيه الغبن
الفاحش وقد يعلم القاضي حالهم لا سيما في الاستبدالات
من جهتي المسوغ والقيمة وحينئذ ينبغي القول بتضمين القاضي
اه قال السيد احمد ومال يتيم لو آخره عن كلام الشرنبلالي وقاسه
على الوقف لسلم من المؤاخذة فان الشرنبلالي لم يذكره اه
وفي الظهيرية وسئل نجم الدين عمن مات وانهدم بعد موته
جدار داره فظهرت نقود فعلم القاضي بذلك فقال احفروها
حتى اقسم بين الورثة فحملوها اليه وكانت عنده ايام حتى
بعث امير الولاية اليه فقال ابعثها الي حتى اقسمها بين الورثة
فبعثها اليه فلم يدفعها الامير الى الورثة هل للورثة ان
يضمنوا القاضي ذلك فقال نعم وفي تجنيس الملتقط ولو
انهدم جدار البيت فظهر للميت مال فاخذ القاضي فعلم بذلك
الظلمة فدفعه القاضي اليهم ضمن كما في التتارخانية وسئل
ايضا عن اهل مكتب من الصبيان مع المعلم اصابهم برد وعلى
الجدار كوة مفتوحة فقال المعلم لو حرت الصبيان خذ
القوطة التي مع ذلك الصبي وسد بها الكوة لرفع البرد ففعل
ثم ضاعت القوطة هل يضمن المعلم والصبي الذي اخذها قال
لا لانه جعلها في الكوة وهم حاضرون ليس بتضييع فلم يضمنا
اه فليحفظ والله تعالى اعلم فـــروع مناسبة
للغصب لم تذكر فيما سبق لو غصب ثوبا فعفن عنده او
اصفر جزء المالك وما انتقصه هذا ان كان النقصان يسيرا
فان كان كثيرا يخير بين الاخذ والترك وان كان المغصوب مكيلا
او موزونا فعفن عند الغاصب فعليه مثله وهذا الفاسد
للغاصب وان شاء اخذ الطعام العفن ولا شيء عليه كذا في المحيط

ولو استهلك السيف المكسور لاخر كان عليه حديد مثله كما
في خزانة المفتين وان حلق جعد غلام فنبت ولكن لم
ينبت كما كان لا يضمن شيا كما في محيط السرخسي ولو غصب
حيوانا فكبر وازدادت قيمته كان للمالك ان ياخذه ولا شي
للغاصب وكذا لو غصب جريحا او مريضا فداواه حتى برئ
صح وكذا لو غصب ارضا فيها زرع او نخل فسقاه او كان
نخلا فابره ولقحه فقام عليه فهو له ولا شي للغاصب فيما
انفق ولو حصد الزرع او جذ الثمرة واستهلك كان ضامنا
لذلك كما في التترخانية ناقلا عن التجريد ولو غصب خوصا
فجعله زنبيلا فلا سبيل للمغصوب منه عليه ولو غصب
نخلا فشقه جذوعا كان لصاحبها ان ياخذ تلك الجذوع
لان الاسم لم يتبدل وانما تفرقت اجزاؤه فصار كالثوب
اذا قطعه كما في السراج غصب من آخر مصحفا فنقطه
هو زيادة فصاحب المصحف بالخيار ان شا اعطاه ما
زاد ذلك فيه وان شا ضمنه قيمته غير منقوط وهذا
قول محمد رح وروى المعلى عن ابي يوسف رح انه ياخذه
بغير شي كرجل غصب غلاما وعلمه الكتابة او غصب
من آخر كاغدة وكتب عليها ذكر شيخ الاسلام انه ينقطع
حق المالك وذكر القاضي الامام علي السغدي رح فيه
اختلاف المشايخ والصحيح انه لا ينقطع ولو غصب النجار
خشبة وادرجها في بنا غيره بغير اذن المالك لم يملك النجار
ولا رب الدار كما في القنية ولو غصب لوحا وادخله في السفينة
او ابريسما وخاط به بطن نفسه او عبده ينقطع حق
المالك كما في الوجيز بنى حايطا في ارض المغصوب من
تراب هذه الارض قال الفقيه ابو بكر البلخي الحايط لصاحب

الارض

الارض لا سبيل للباني عليه لانه لو امر بنقض الحايط تصير
ترابا كما كان وهكذا قال ابو القاسم خانية رجل كسر عصا
رجل ضمن النقصان ولو كان الكسر فاحشا لا ينقطع حق
المالك وان ازدادت قيمتها بالكسر كما في القنية وجد في كرم
انسان خمرا فالقى فيها ملحا فصارت خلا فهو له وان لم ينقل
الدن عن مكانه وان غصب عصيرا فصار عنده خمرا فله
ان يضمنه مثله وقيمته ان كان في غير حينه ولو اراد
ان ياخذ الخمر ولا يضمنه هل له ذلك اختلف المشايخ فيه
قال شمس الائمة الحلواني الصحيح انه ليس له ذلك كما
في المحيط ولو غصب لبنا فصار مخيضا او عنبا فصار زبيبا
ان شا ضمنه مثله وان شا اخذه ولا شي له من النقصان
وهكذا في جميع المثليات كما في التهذيب ولو اتخذ كوزا من
طين غيره كان الكوز له فان قال رب الطين انا امرته
بذلك فهو لرب الطين ولو غصب ترابا ولبنه وجعله
انية فان كان له قيمة فهو مثل الحنطة اذا طحنها وان لم يكن
له قيمة فهو له ولا شي عليه من الضمان وفي كل موضع ينقطع
حق المالك فالمغصوب منه احق بذلك من ساير الغرما
حتى يستوفي حقه فان ضاع ذلك ضاع من مال الغاصب
فلا يكون هذا بمنزلة الرهن هكذا ذكر في المنتقى وفي القدوري
ان المغصوب منه اسوة الغرما في الثمن ولا يكون اخص
بشي من ذلك كذا في المحيط رجل غصب غلاما قيمته
خمسماية فخصاه فبرئ فصار يساوي الف درهم خير
صاحبه ان يضمنه خمسماية قيمته يوم خصاه ودفع اليه
الغلام وفي اخذ الغلام ولا شي له ولا عليه كما في الخانية
وان احرق كدس انسان يضمن قيمة [illegible] ان كان البر

اقل قيمة منه في السنبل اذا كان خارجا فعليه القيمة وان كان
الخارج اكثر فعليه مثله وعليه في الحل القيمة رجل غصب كدا سا
فداسه يجب عليه القيمة الحل وهو قضيب الزرع اذا حصد
وعليه البركذا في الوجيز ولو ان رجالا غصبوا من رجل حنطة من
الحنطة فتلف ذلك قفيز حنطة قال ابو يوسف رح اذا غصب
قوم رجل خيلا قيمة ضمنهم قيمته ولو جاء رجل بعد رجل
لم اضمنه شيا كما في الخانية وعن ابي يوسف رجل غصب بيضة
واتلفها فعليه مثلها وهذا اخر قوله وكان قوله الاول القيمة
كما في المحيط اراق زيت مسلم او سمنه وقد وقعت فيه
فارة يضمن قيمته والفهد المعلم والبازي المعلم للمعلم
اتلفه مسلم يضمن قيمته عندنا السرقين القاه مسلم
في ارضه فاتلفه انسان يضمن قيمته كما في الوجيز ولو
دخل داره بغير اذنه وليس في الدار احد لم يكن غاصبا
للدار عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وكذا لو سلمها
كذا في السراج كسر بيضة او جوزة لغيره فوجد داخلها
فاسدا فلا ضمان عليه لانه ظهر انه ما استهلك مالا كما
في المحيط ولو كسر درهما لرجل وتبين انه كان ستوقا او
رصاصا وقيل الكسر كان درهما فلا ضمان على الكاسر
لانه ظهر فيه الغش والخيانة كذا في شرح الطحاوي رجل
افسد لاخر حصيرا لرجل او نزع باب داره من موضعه
او حل سرج انسان وكل ما كان مولفا فنقض فالمنقض
ينظر ان امكنه اعادته الى ما كان يومر الناقض بالاعادة
وان لم يتمكن اعادته الى ما كان ضمن قيمته صحيحا
مولفا وسلم المنقوض له كما في محيط السرخسي وان
حل شراك نعل غيره فان كان النعل من النعال التي يشتهيها

العامة فلا شي عليه لانه لا موونة في اعادة شراكها وان كان
النعل عربية فان كان لا يتفاوت سيرها ويدخلها عيب لواعيد
يضمن النقصان كذا في الذخيرة ولو حل سلسلة ذهب
كان عليه قيمتها من الفضة وكذا الرجل اذا شد اسنانه بعيده
بذهب فرمى بها رجل حل سدى حائك ونشره قال ينظر
الى قيمته سدى والى قيمته غير سدى فعليه فضل ما بينهما
كما في الخانية افسد الخياط الثوب فاخذه صاحب الثوب
ولبسه عالما بالفساد ليس له التضمين كذا في الوجيز
اذا رفع التراب من ارض الغير ان لم يكن للتراب قيمة في ذلك
الموضع ان انتقصت الارض برفعه ضمن النقصان وان لم
تنتقص فلا شي عليه ولا يومر بالكبس وان قال به
بعض العلما وان كان للتراب قيمة في ذلك الموضع ضمن
قيمته ولا النقصان في الارض ولا وقت حفر حفيرة بارض
غيره ان اضر ذلك بارضه يلزمه النقصان وقوله اضر
يشير الى انه لو لم يضر ذلك لا شي عليه كذا في الذخيرة الصيرفي
اذا انتقد الدرهم باذن صاحبه فغمز درهما منها فانكسر
فلا ضمان عليه والمختار للفتوى ان صاحب الدرهم ان كان
امره بالغمز فلا ضمان عليه ايضا والا فيضمن كما في السراج
اذا طبخ لحم غيره بغير امره ضمن ولو جعل صاحب اللحم اللحم
في القدر ووضع القدر على الكانون ووضع تحته الحطب
فجا اخر واوقد النار فطبخ لا يضمن استحسانا ومن هذا
الجنس خمس مسائل احدها هذه المسالة الثانية اذا
طحن حنطة غيره بغير امره ضمن ولو ان صاحب الحنطة
جعل الحنطة في الزورق وربط عليه الحمار فجا اخر وساق
الحمار فطحن لا يضمن المسالة الثالثة اذا رفع جرة غيره

بغير امره فانكسرت يضمن ولو ان صاحب الجرة رفع
الجرة واما لها الى نفسه فجاء انسان واعانه على الرفع فانكسرت
فيما بين ذلك لا يضمن المسألة الرابعة من حمل على دابة
غيره بغير امره حتى هلكت الدابة يضمن ولو حمل المالك
على دابته شيئا ثم سقط في الطريق فجاء انسان وحمل بغير
اذنه فهلكت الدابة لا يضمن المسألة الخامسة اذا ذبح
اضحية غيره بغير امره وان ذبح في غير ايام التضحية لا يجوز
ويضمن الذابح وان كان الذبح في ايام الاضحية يجوز
ولا يضمن لان الاذن ثابت في هذه المسائل دلالة والدلالة
يجب اعتبارها ما لم يوجد التصريح بخلافه كما في الذخيرة
ومن جنس هذه المسائل ما ذكر محمد في شرح المزارعة
في باب قبل باب المزارعة التي يشترط فيها المعاملة انه
من احضر فعلة ليهدم داره فجاء اخر وهدم بغير امره لا يضمن
استحسانا فصار الاصل في جنس هذه المسائل ان كل عمل
لا يتفاوت فيه الناس تثبت الاستعانة فيه لكل واحد
من احاد الناس كما لو علق الشاة بعد الذبح للسلخ فجاء
انسان وسلخه بغير اذنه يضمن كما في المحيط قصاب
اشترى شاة فجاء انسان وذبحها فان كان اخذ القصاب
وشد رجلها للذبح لا يضمن الذابح وان لم يكن شد يضمن
كذا في الصغرى ومن وجد في كرمه او زرعه دابة افسدت
الزرع فحبسها فهلكت ضمن ولو اخرجها المختار انه ان اخرجها
وساق فهلكت يضمن وان اخرجها ولم يسق لا يضمن وكذا
لو اخرج دابة لغيره من زرع غيره ولو سلوها الى مكان يأمن
منها على زرعه كانه اخرجها عن زرعه ولو خرجها على
انه يضمن وعليه الفتوى ولو وجد دابة في زرعه فحمل عليها

فاسرعت

فاسرعت ضمن ما اصابته وكذا اذا تبعها بعدما اخرجها
لتبعد فذهبت ضمن وان اخرجها اجنبي لا يضمن كما في خزانة
المفتين الزاهدي اذا وجد في باروكه بقرة لغيره فطردها قدر
ما تخرج من باروكه لا يضمن وان ساقها بعد ذلك ضمن كما
في المحيط من وجد دابة في زرعه فاخرجها وساقها الى ان ردها
على صاحبها فعطبت في الطريق او انكسرت رجلها يضمن
قال الفقيه ابو الليث وبه ناخذ بهذا انما ناخذ بما روي
عن محمد بن الحسن انه قال لا يضمن كذا في الظهيرية اذا وجد
بقرة في زرعه فاخبر صاحبها فلم يخرجها صاحبها فافسدت
الدابة الزرع ان امر صاحب الزرع صاحب الدابة بالاخراج لا
يضمن صاحب الدابة شيئا كما في المحيط الراعي اذا قاد قريبا
من الزرع بحيث لو شاءت تناولت ضمن الراعي الزرع كما في
العمادية دابة رجل ذهبت ليلا او نهارا بغير ارسال صاحبها
فافسدت زرع رجل فلا ضمان عليه عندنا كما في محيط
السرخسي دفع الى رجل ارضا وبذرا وتقرر مزارعة فسلم
المزارع البقر الى المرعى فضاعت لا ضمان عليه ولا على الراعي
كما في خزانة المفتين لو وجد دابة في مربطه فاخرجها فهلكت
يضمن مغصب مربطه وشد فيه دوابه فاخرجها المالك
المربط صار ضامنا كما في العمادية رجل عليه دين فجاء المديون
الى صاحب دينه ليقضي دينه فدفع المال الى الطالب لينقده
وهلك المال في يد الطالب هلك من مال المطلوب والدين
على حاله لان الطالب وكيل المديون في الانتقاد فكان يده
كيد المديون ولو ان المديون دفع المال الى الطالب ولم يقل
شيئا فاخذه الطالب ثم دفعه الى المديون ليستنقده فهلك
في يد المديون يهلك من مال الطالب لان الطالب اخذ حقه

فاذا دفع الى المديون ليستقده المطلوب صار المطلوب وكيل
الطالب فكان الهلاك في مال المطلوب بعد ذلك كالهلاك
في يد الطالب كما في الخانية قال ابو يوسف رجل حرق طيلسانا
ثم رفاه قال اقومه صحيحا واقومه مرفوا واضمنه فضل
ما بينهما رجل حفر بيرا في ملكه فطمها رجل بترابها قال
اقومها محفورة وغير محفورة فاضمنه فضل ما بينهما وان
طرح فيها ترابا اجبره على ان يخرجه وان كانت في الصحراء فان
لم يخرج الماء فليس عليه من طمها شي وان اخرج الماء يستحقها
لانها بير عطن فيضمن فضل ما بينهما كما في محيط السرخسي
رجل حرق صكا فيه حق لرجل او دفتر حساب فالمختار انه يجب
عليه واصح ما قيل فيه انه يضمن قيمة الصك مكتوبا كما
في الخانية اخرج من شجر الجوز جوزا صغارا رطبة فاتلفها انسان
تلك الجوزات وان لم تكن لها قيمة وليس لها حق لا يضمن
باتلاف على الشجرة فاتلافها على الشجرة يكون نقصانا في تلك
الشجرة فينظر الى هذه الشجرة مع تلك الجوزات بكم يشترى وبدون
تلك الجوزات بكم يشترى فيضمن فضل ما بينهما وكذلك الشجرة
اذا نورت في الربيع فنفضها انسان حتى تناثر نورها فهو على
هذا كذا في الظهيرية واذا كسر غصنا من شجرة وقيمة الغصن
قليلة ان شاء ضمنه نقصان الشجرة جميعا والغصن
للكاسر وان شاء ضمنه نقصان الشجرة الاعلى قدر الغصن
والغصن لرب الشجرة كما في الملتقط قطع كرم انسان يضمن
القيمة لانه اتلف غير المثلي فطريق معرفة ذلك ان يقوم
الكرم مع الاشجار النابتة ويقوم مقطوع الاشجار فيضمن فضل
ما بينهما قيمة الاشجار فبعد ذلك صاحب الكرم بالخيار
ان شاء دفع الاشجار المقطوعة الى القاطع وضمنه تلك القيمة

وان شا

وان شاء امسك ورفع من تلك القيمة قيمة المقطوعة ويضمنه
الباقي قطع شجرة في دار رجل بغير اذنه فرب الدار بالخيار
ان شاء ترك الشجرة على القاطع وضمنه قيمة الشجرة قائمة
لانه اتلف الشجرة قائمة وطريق معرفة ذلك ان يقوم
الدار مع الشجرة قائمة ويقوم بغير الشجرة فيضمن فضل
ما بينهما وان شاء امسك الشجرة وضمنه قيمة النقصان
قائمة لانه اتلف عليه القيام وطريق معرفة ذلك انك اذا
عرفت قيمة الشجرة القائمة بالطريق الذي تقدم فبعد ذلك
ينظر الى تلك القيمة والى قيمة الشجرة المقطوعة فيضمن فضل
ما بينهما قيمة نقصان القطع وان كان قيمتها مقطوعة سواء
فلا شي عليه كذا في الكبرى رجل قطع شجرة من ضيعة رجل
واستهلك الشجرة فعليه قيمة الحطب كذا في العمادية جاء الى تنور
وقد اوقد ينصب فصب فيه الماء ينظر الى قيمة التنور
كذلك والى قيمته غير مسجور فيضمن فضل ما بينهما في واقعات
الناطفي فتح راس تنور انسان حتى برد فعليه قيمة الحطب
مقدار ما يسجر به التنور ويعلى ان يقال بكم يستاجر التنور
المسجور ليستفع به من غيران يسجر ثانيا فيضمن ذلك القدر
او ينظر الى اجرته مسجورا وغير مسجور فيضمن تفاوت ما بينهما
كما في المحيط الرجل اذا فتق قميص انسان ينظر الى قيمته
مخيطا وغير مخيط فيضمن الفضل كما في الخانية ولو القى
نجاسة في بير خاصة يضمن النقصان دون النزح وفي البير
العامة يؤمر بنزحها كما في القنية وعن محمد غصب عشرة
دنانير فالقى فيها دينارا ثم اعطى منه رجلا دينارا جاز ثم
لو اعطى دينارا اخر كما في البزازية فلا عبرة بها مع نفوذ...
وعن ابي يوسف في السير يخيط ... الرجل ... في ... رجل

فبنت ان كان للحيطة ثمن فان جميع ما يخرج منها لصاحب الحيطة
ويتصدق بالفضل ولا شيء عليه من نقصان الارض كما في المحيط
رجل قال اذا تناول فلان من مالي فهو حلال فتناول فلان
من ماله من غير ان يعلم باباحته قال نصير بن يحيى يجوز ولا
ضمان عليه وان قال كل انسان تناول مالي فهو حلال قال ابو نصر
ابن سلام هو جائز وجعل هذا اباحة والاباحة للمجهول جائز
وعليه الفتوى ولو قال لاخر جميع ما تاكل من مالي فقد جعلتك
في حل فهو حلال له ولو قال جميع ما تاكل من مالي فقد ابرأتك
فالصحيح انه يبرأ كما في الخانية ولو قال جعلتك في حل الدنيا
او قال جعلتك في حل الساعة هو في حل الدنيا وفي الساعات
كلها ولو قال لا اخاصمك ولا اطالبك مالي قبلك فهذا ليس
بشيء كما في خزانة المفتين نهر العامة بجنب ارض رجل الا حريم
النهر حتى صار النهر في ارض رجل فاراد رجل ان ينصب في ارضه
رحى له ذلك لانه نصب في ملكه ولو اراد ان ينصب في نهر
العامة ليس له ذلك لانه لم ينصب في ملكه كذا في الفتاوى
الكبرى نخلة في رجل ملكه خرج سعفها الى عمارة جاره فاراد
جاره ان يقطع ذلك ليفرغ هواه كان له ذلك هكذا ذكر محمد
رح قال الناطفي في واقعاته ظاهر لفظ محمد يفيد ولاية
القطع بغير اذن القاضي وقيد هذا على وجهين ان كان
يمكن تفريغ الهواء بمد السعف الى النخلة والشد عليها بالحبل
ليس له ان يقطع ولو قطع يضمن ولكن يطلب من صاحبه
ان يمد السعف الى النخلة ويشده عليها بحبله ويلزمه القاضي
ذلك ان ابى وكذلك ان امكنه مد بعض السعف الى النخلة
والشد عليها ليس له ان يقطع ذلك البعض واما اذا لم يمكن
تفريغ الهواء الا بالقطع فالاولى ان يستاذن صاحب النخلة

حتى

حتى يقطع بنفسه او باذنه بالقطع وان استاذن وابى
يرفع الامر الى القاضي حتى يجبره على القطع فان لم يفعل
الجار شيئا من ذلك ولكن قطع بنفسه ابتدا فان قطع
من موضع لا يكون القطع من موضع اخر اصلح له او
انفع للمالك لا يضمن هكذا ذكر شيخ الاسلام في كتاب
الصلح وذكر شمس الائمة الحلواني في شرح كتاب الصلح ايضا
انه اذا اراد القطع فانما يقطع في ملك نفسه ولا يكون له
ان يدخل في بستان جاره حتى يقطعه قال وقد قال
بعض مشايخنا انما يكون له القطع من جانب نفسه مثل
قطعه من جانب صاحبه في الضرر اما اذا كان قطعه من
جانب صاحبه اقل ضررا ليس له ان يقطع ولكن يرفع
الامر الى القاضي ليامره بالقطع فان ابى بعث القاضي
نائبا حتى يقطعه من جانب صاحب النخلة من الموضع
الذي لا يضمن اذا قطع بنفسه لا يرجع على صاحب النخلة
بما انفق من مؤنة القطع كذا في المحيط اطراف جذوع
شاخصة على جدار رجل وهي بحال لا يحتمل قطعها
صاحب الجدار فان علم صاحب الجذوع باذن قال ارفعها
والا اقطعها لا يضمن لانه رضي بقطعها وان لم يعلمه
يضمن كذا في خزانة المفتين لو قطع شجرة وقد دخل عروقها
تحت بناء رجل فمنعه صاحب البناء عن قطع العروق يضمن
لصاحب الشجرة قيمة عروق شجرته كما في منتقى الغصب
بيضتين ويحضن احداهما مع دجاجة وحضنت الاخرى دجاجة
اخرى بنفسها وافرختا فالفرختان للغاصب وعليه نقصان
ولو كانتا ملكا له وديعة فالتي حضنت بنفسها للمودع كما
في الوجيز ولو كان احدى البيضتين غصبا والاخرى وديعة

فحضنتها دجاجة واخرجت فرختين فرخة الوديعة لصاحب
الوديعة وفرخة الغاصب للغاصب وهذا بمنزلة قفيزي حنطة
عند رجل احدهما وديعة والاخر غصب فبذرهما والقتهما
في الارض فنبتا فالزرع الذي نبت من الغصب للغاصب
ويضمن قفيز حنطة للمغصوب منه فان لم يعرف احدى
الفرختين من الاخرى فالقول قول الغاصب انما هي هذه
وان قال لا اعرف فالفرختان بينهما وعلى الاخر ضمنه كما
في محيط السرخسي الظالم اذا اخذ من غرما الميت من مال
الميت عليهم قدر ديون الميت عليهم باقية كما في التترخانية
ناقلا عن البرهانية ان كان غاصب الدار باعها وسلمها
ثم اقر بذلك وليس لرب الدار بينة فاقراره في حق المشتري
باطل ثم لا ضمان على الغاصب للمالك في قول ابي حنيفة
وابي يوسف الاخر كما في المبسوط اذا جا الرجل بالحنطة الى
الطحان ووضعها في صحن الطاحونة وامر صاحب الطاحونة
ان يطحنها بالليل في بيت الطاحونة فلم يدخلها حتى
نقب الحائط بالليل وسرقت الحنطة فان كان صحن
الطاحونة محوطا بحائط مرتفع مقدار ما لا يرتقي الا بسلم
فلا ضمان وان كان بخلافه وجب الضمان كما في المحيط
دفع الى الاسكاف خفا ليخرزه فوضعه الاسكاف في حانوته
الخارج وذهب الى الصلاة وترك باب حانوته مفتوحا
من غير حافظ فسرق الخف يضمن الاسكاف لانه مضيع
كذا في الكبرى جعل القصار في الثوب الذي دفع اليه الخبز
اوان ذهابه الى القصارة وسرق الثوب ان كان بحيث لا يلوث
المنديل على ما جعل فيه يضمن وان جعل الثوب تحت ابطه
ودس الخبز فيه فلا ضمان كما في الوجيز الجمال اذا نزل في مفازة

وتهيا

وتهيا له الانتقال فلم يفعل حتى فسد المتاع بالمطر وسرقه
فهو ضامن وتاويله اذا كان المطر والسرقة غالبة كما في
خزانة المفتين ولو دفع جامل الى جمال ليحملها الى بلدة في
الجبال اليه نهر عظيم وفيه جمد لتنزيري في [illegible] يكون انشت
ذلك الجمال جملا من الجمال الاخر بحلونه [illegible] فتكسر
جمل من الجمال من جريان الجمد فسقط الجمل [illegible] ان كان
الناس يسلكون مثل هذا ولا يبالون جد الا ضمان عليه كذا في
الكبرى جز غنما بغير اذن صاحبها وجعل صوفها بالسود
فالسود له لانه حصل بصنعه فبعد ذلك ينظر ان كان
جز الصوف لا ينقص من قيمة الغنم شيئا فعليه مثل ذلك
الصوف وان كان ينقص خير ان شا ضمنه مثل ذلك الصوف
وان شا ضمنه ما دخل النقصان في الغنم كما في [illegible]
جارية وزوجها ودخل بها [illegible] مالكها [illegible] حتى وجب
على الزوج العقر قال القاضي بديع الدين العقر لمالكها [illegible]
الاجازة فانه ثمة يكون للغاصب كما في التترخانية ناقلا
عن فتاوى
ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده
في اخر كتاب الصرف اذا اشترى قلب فضة بدينار ودفع الدينار
ولم يقبض القلب حتى جا انسان وقبض القلب [illegible]
المشتري فبقيه فهلك في يده لا يضمن القابض كما في الذخيرة
وفي الفتاوي تشبث بثوب رجل فجذبه المتشبث من يد
صاحبه حتى تخرق يضمن تمام القيمة وان جذبه صاحبه
من يد المتشبث ضمن المتشبث نصف القيمة كما في [illegible] دية
ولو مرض في الدار المغصوبة لا يعادها وعن شداد الثوري
انه كان يرخص لهم اصحاب الصوافي ويا كلهم قال الفقيه
وبه ناخذ كذا في الملتقط ولو ادخل القصاب خشبة في منزله

في سكة غيرنافذة فاراد اهلها ان يمنعوه من ذلك ان كان
يقفها على ظهر الدواب وضعا ليس لهم ذلك لانه لا ينصرف
في سككهم الا بادخال الدابة وله ذلك وان كان يطرحها طرحا
يتضررون بها فلهم منعه كما في الفتاوي الكبرى وسئل الدين
النسفي عن استاذه سئل عمن رفع عمامة مديونه عن راسه
رهنا بدينه واعطاه منديلا صغيرا يلفه على راسه وقال
اذا جئت بديني اردها عليك فجاء المديون بدينه وقد هلكت
العمامة في يد الاخذ قال ترهلك هلاك المرهون لا المغصوب
لانه اخذها رهنا وترك غريمه وذهابه رضي منه بكونها
رهنا كما في الفتاوي الغياثية ماتت دابة رجل في دار اخر
ان كان لجلدها قيمة يخرجها صاحب الدار وكيل قبض المال
من غريم الموكل اذا قبضها وجعلها في مخلاة وعلقها على الحمار
فهلكت الدراهم لا يضمن لانه صنع بها ما يصنع بماله كما
في الحاوي غصب بطيخة وقطع منها شريحة لا ينقطع حق
مالكها ولو جعلها كلها شرائح ينقطع لزوال اسمها كما في التتمة
سكران لا يعقل نام في الطريق فاخذ رجل ثوبه ليحفظه
لا يضمن وان اخذ ثوبه من تحت راسه او خاتمه من
اصبعه او كيسه من وسطه او دراهم من كمه ليحفظه
ضمن لانه كان محفوظا بصاحبه كما في الوجيز رجل اقر
انه قطع يد عبد رجل خطا وكذبه عاقلة المقر في اقراره
ثم غصبه رجل من مولاه فمات عنده فالمولى بالخيار ان شاء
ضمن الجاني قيمته في ماله في ثلاث سنين وان شاء ضمن الغاصب
قيمته اقطع في ماله حالا وضمن الارش وهو نصف قيمته
في ماله فان ضمن الجاني قيمته باقراره فالجاني يرجع الجاني
على الغاصب بقيمة العبد اقطع في ماله كما في المحيط وسئل

ابو حامد

ابو حامد عن رجل في يده دار مرهونة غصبها منه غاصب
هل له ان يطالب المديون بالدين فقال ينظر ان اباحه
الانتفاع فهو بمنزلة الهلاك كذا في التترخانية ولو غصب
من الذمي خمرا او سرق منه يطالب المسلم يوم القيامة
ومخاصمة الذمي يوم القيامة اشد وظلامة الكافر
اشد من ظلامة المسلم لان الكافر من اهل النار ابدا
ويقع له التخفيف في النار بالظلامات التي له قبل الناس
فلا يرجى منه ان يتركها والمسلم يرجى منه العفو واذا خاصم
لا وجه ان يعطي ثواب طاعة المومن ولا وجه ان يوضع
على المومن وبال كفره فتعينت العقوبة ولهذا قال خصومة
الدابة على الادمي اشد من خصومة الادمي على الادمي كذا
في الكبرى وسئل علي بن احمد عن زعيم القوم اذا اخذهم
لما خذهم سلطان ظلما واختفى القوم غير واحد فاخذه
ذلك الزعيم ذلك الجناية ثم لما ظهر القوم جعل يحيل
الرجل على القوم بدلا مما كان اخذه منه على وجه الظلم ثم ندم
عليه رد ما اخذ من القوم فقال نعم كما في التترخانية ابا حنطة
ربيعية في خابية وخريفية في اخرى فامرت اختها ان تدفع
الى حراثها الخريفية فاخطات فدفعت اليه الربيعية ثم ارسلت
امرت بنتها من الحراث لتنقل اليه الحنطة للبذر ففعلت وبذرها
فلم تنبت فتبين انها ربيعية تضمن اي الثلاث شات
لانه لما اخطات الاخت صارت غاصبة والبنت والحراث
غاصب الغاصب قال هذا حسن دقيق يخرج منه كثير
من الوقعات كذا في قنية المنية وفي الجامع الاصغر اذا دفع
هذه القطعة الى احد من الصفارين ليصلحها فدفعها الى
احد ونسيه لم يضمن كالمودع اذا نسي الوديعة انها في اي موضع

١١٠

ومثله في فتاوى صاعد دفع هذا الغزل إلى نساج ولم يعينه
ولم يقل إلى من شئت فدفع وهرب المدفوع إليه لا يضمن وهذا
بخلاف أمر الموكل للوكيل وكل أحدا حيث لا يصح وإنما يصح
أن لو قال وكل من شئت وكذا الخليفة إذا قال للوالي ولِّ
القضا لا يصح ولو قال من شئت صح كذا في القنية لو مات
وترك عينا ودينا وغصبا في أيدي الناس ولم يقبض شيئا
من ذلك إلى الورثة فالقياس أن يكون الثواب بذلك
في الآخرة للورثة لأنهم ورثوا منه وفي الاستحسان إن نوى
الدين وغيره التوى قبل الموت فالثواب له لأن التوى لا يجري
فيه الإرث لقيامه وقت الموت كما في الفتاوى الغيائية
مات من عليه دين نسيه يؤخذ به يوم القيامة إن كان
الدين من جهة التجارة يرجى أن لا يؤاخذ به وإن كان من
جهة الغصب يؤاخذ به كما في الفتاوى الكبرى رجل
مات أبوه وعليه دين قد نسيه والابن يعلم به فإنه
يؤديه فإن نسي الابن حتى مات هل يرجى أن لا يؤاخذ به في
الآخرة كما في الظهيرية سرق شيئا من أبيه ثم مات
أبوه لم يؤاخذ به في الآخرة لأن الدين وهو ضمان المسروق
انتقل إليه وإثم السرقة لا لأنه جنى على المسروق منه كما
في الغيائية رجل له على رجل دين فتقاضاه فمنعه
ظلما حتى مات صاحب الدين وانتقل إلى الوارث تكلموا فيه
قال أكثر المشايخ لا يكون حق الخصومة للأول لكن المختار أن الدين
للورثة والخصومة في الظلم بالمنع للأول لا في الدين إذ الدين
انتقل إلى الورثة كما في الظهيرية رجل له على رجل دين
فبلغه أن المديون مات فقال جعلته في حل ووهبته ثم
ظهر أنه حي ليس له المطالبة إن ما أخذ أنه وهبه منه بغير شرط

كا

كما في الخانية رجل خصم فات ولا وارث له يتصدق عن صاحب
الحق المستغرق ذلك ليكون وديعة عند الله فيوصل إلى
خصمائه يوم القيامة كما في الفتاوى الغيائية رجل على
امرأة حق فله أن يلازمها ويجلس معها ويقبض على ثيابها
لأن هذا ليس بحرام فإن هربت ودخلت خلوة دخلها إن كان
يأمنها على نفسه ويحفظها بعينيه بعد ما قطع مال رجل
ظلما فالأفضل لصاحب المال أن يحلله كما في خزانة المفتين دين
رجل على آخر لا يقدر على استيفائه كان إبراؤه خيرا من أن
يدعي عليه لأنه في الإبراء تخليصا من العذاب في الآخرة وكان
فيه ثواب كذا في الدرر غلط النقاش ونقش في خاتم
اسم غيره إن لم يمكنه إصلاحه ضمنه عند الثاني وعند الإمام
لا يضمن بكل حال كما في الوجيز رجل استأجر رجلين ليحملا
له علف الحمار ودفع إليهما حمارين فأخذ متغلب حماريهما
فذهبا واستردا منه ثم إن أحدهما سلم الحمارين إلى الآخر
ورجع ثم إن الآخر ساق الحمار وهلك فالمالك بالخيار إن
شاء ضمن الشريك الدافع إلى الآخر وإن شاء ضمن سائق الحمار
لأن الأول متعد بالدفع إلى الآخر والثاني متعد بالسوق بدون
الآخر كما في جواهر الفتاوى سئل عمن غصب علوا وسفلا
من آخر فهدم العلو فماذا يجب على الغاصب أجاب
أن المالك بالخيار إن شاء ترك النقض على الغاصب وضمنه
القيمة وإن شاء أخذ النقض وضمنه نقصانه السافل كما
في فتاوى أبي الفتح محمد بن محمود بن الحسين الأسروشني
رجل غصب عجولا واستهلكه فيبس لبن أمه قال
الفقيه أبو بكر البلخي يضمن الغاصب قيمة العجل ونقصان
الأم لمكان التسبب كما في الخانية رجل باع ثوبا وفات

قبل استيفاء الدين ولم يدع وارثا ظاهرا فاخذ السلطان ديونه
من الغرماء ثم ظهر له وارث كان على الغرماء اداء الديون الى الوارث
لانه لما ظهر الوارث ظهر انه لم يكن للسلطان حق الاخذ كما في
الخانية ادخل دابته في دار غيره فاخرجها صاحب الدار فهلكت
لا ضمان عليه كما في خزانة المفتين وضع ثوبا في دار رجل
فرمى به والمالك غائب ضمن كما في الحاوي رجل اضاف رجلا
فنسي الضيف عنده ثوبا فاتبعه المضيف بالثوب فغصب
الثوب غاصب في الطريق ان غصب في المدينة فلا ضمان
على المضيف وان غصب خارج المدينة فهو ضامن كما في خزانة
المفتين تعلق رجل برجل وخاصمه فسقط من المتعلق به
شي فضاع قالوا يضمن المتعلق قالوا وينبغي ان يكون الجواب
على التفصيل ان سقط بقريب من صاحب المال وصاحب المال
يراه ويعلمه ان ياخذه لا يكون ضامنا كما في الخانية بعث الى
قصار ليأخذ ثوبه فدفع القصار بالغلط ثوبا اخر وضاع
عند الرسول ان كان ثوب القصار لا يضمن وان كان ثوب
غيره خير المالك بين تضمين القصار والرسول وايهما ضمن
لم يرجع على الاخر كما في الوجيز وسئل ابو بكر عمن بعثه الى
ماشية فلبث هو واتبعه الامر فعطبت في الطريق قال ان كان
بينهما انبساط في ان يفعل في ماله مثل ذلك لم يضمن وان لم
يكن ضمن كما في الحاوي ولو دخل دار رجل فاخرج منها ثوبا فوضعه
في منزل اخر فضاع فيه الثوب فان كان بين المنزلين في
الحرز تفاوت ضمن والا فلا كما في الكبرى رجل قتل رجلا في مفازة
ومعه مال فضاع المال ضمن المال كذا في العيون وافتى ظهير
الدين المرغيناني انه لا يضمن وهذا اليق بقول ابي حنيفة
كما في الخلاصة اصطبل مشترك بين اثنين لكل واحد منهما

بقرة

بقرة دخل احدهما الاصطبل وشد بقرة صاحبه كيلا تضرب
بقرته فتحول البقرة وتخنقت بالحبل وماتت لا ضمان عليه
اذا لم ينقلها من مكان الى مكان اخر كما في خزانة المفتين السلطان
اذا اخذ عينا من اعيان رجل ورهن عند رجل فهلك عند
المرتهن طائعا يضمن ويكون للمالك الخيار بين تضمين
السلطان والمرتهن وينبغي على هذا الجابي اذا اخذ شيئا رهنا
وهو طائع يضمن وكذا الصراف والجابي يجر وجيه الشهادة
كما في المحيط لبرهان الدين اذا اخذ شيئا وهو طائع فيه يضمن
فان دفع ورهن عند اخر والمرتهن طائع فالجواب كما ذكرنا
ان المالك بالخيار كما في التترخانية وفي فتاوى سمرقند اذا
اخذ القلنسوة من راس رجل ووضعها على راس رجل
اخر فطرحها الاخر من راسه فضاعت فان كانت القلنسوة
بمراى عين صاحبها وامكنه رفعها واخذها فلا ضمان على
واحد منهما وان كان بخلاف ذلك فصاحب القلنسوة
ان شاء ضمن الاخذ وان شاء ضمن الطارح كما في الذخيرة واذا
صلى الرجل فوقعت قلنسوته بين يديه فنحاها رجل
ان وضعها حيث يناولها فسرقت لا يضمن لانها تعد في
يديه وان نحاها اكثر من ذلك فضاعت ان كانت القلنسوة
بمراى صاحبها وامكنه رفعها من ذلك الموضع لا ضمان على
الطارح والا يضمن كما في الكبرى في البيوع وسئل ابو بكر عمن
اخذ من الفقاعي كوز الشرب الفقاع او ليشرب فسقط من
يده فانكسر لا ضمان عليه كذا في الحاوي وفي فتاوى اهل
سمرقند رجل تقدم الى خزاف واخذ منه غضارة باذنه لينظر
فيها فوقعت من يده على غضارات اخر وانكسرت الغضارات
فلا ضمان في الماخوذة ويجب الضمان في الباقيات كما في الظهيرية

شرع في الحمام واخذ فنجانة واعطاها غيره فوقعت من يد
الثاني فانكسرت فلا ضمان على الاول كما في المحيط ودخل رجل
على صاحب الدكان باذنه فتعلق بثوبه شيء مما في دكانه
فسقط لا يضمن ويضمن ان لم يضمن الا اذا اخذ باذنه اما صريحا
واما دلالة رجل دخل منزل رجل باذنه واخذ انا من بيته
بغير اذنه لينظر اليه فوقع من يده فانكسر فلا ضمان ما لم
يمنعه لانه ماذون فيه دلالة الا يرى انه لو اخذ كوزا
وشرب منه فسقط من يده وانكسر لا ضمان عليه كذا في
الكبرى بعث جارية الى نخاس وامره ببيعها فبعثتها امرأة
النخاس في حاجة لها فهربت فلصاحب الجارية ان يضمن
المرأة دون النخاس لان النخاس اجير مشترك والاجير
المشترك لا يضمن عند ابي حنيفة وكذلك في [illegible]
كما في الكبرى وفي فتاوى ابي الليث جارية جاءت الى النخاس
بغير اذن مولاها فطلبت البيع وذهبت ولا يدرى
اين ذهبت وقال النخاس رددتها على المولى فالقول قول
النخاس ولا ضمان عليه ومعنى ذلك ان النخاس لم
يأخذ الجارية ومعنى الرد انه امرها بالذهاب الى منزل المولى
وكان النخاس مثل الغاصب اما اذا كان النخاس اخذ
الجارية من الطريق او ذهب بها من منزل مولاها
بغير امره فلا يصدق كما في المحيط كتاب
الشفعة باسكان الفاء وحكي ضمها وقال ابن الملقن
في الاشارات والفقهاء يضمون الفاء والصواب الاسكان
ونقله الخير الرملي مناسبته [illegible] وجه الحاق كتاب
الشفعة بكتاب الغصب هو الامر الجامع بينهما وذلك
ان كلا منهما تملك مال الغير بغير رضاه والمعنى لا يعتبر

رضاه

رضاه لان الشرط عدم رضاه ابن كمال وذلك ان الغاصب
لو غصب الثوب مثلا ملكه رضي المغصوب منه او لا وكذلك
الشفيع يتملك المشفوعة جبرا على المشتري بما قام عليه
ولكن لما كان الغصب كثير الحاجة الى معرفته لوقوعه
كثيرا في المعاملات كالمبيوعات والاجارات والشركات
والمضاربات والمزارعات وغيرها لاسيما في هذا الزمان
فانه زمان الظلم والحيف والتعدي بل قال المتنبي شعرا
الظلم من خلق النفوس فان تجد ذا عفة فلعله لا يظلم
وكان الغصب ايضا يصلح سببا للتملك كما قال منقول وغير
عند غير الامام والشفعة لا تجري الا في العقار وسببها جائز
قدم الغصب عليها اعتناء ببيان المحظور والاهم لانه قدر غير
مرة انهم يقدمون الاهم فالاهم وقد اوردها بعضهم بعد
البيع نظرا للتناسب الصوري ولانه شرطها وكل مصنف
في مقصده وللناس فيما يعشقون مذاهب جزاهم الله
تعالى عنا خيرا وهي اي الشفعة لغة مشتقة من الشفع
وهو الضم ضد الوتر فكان الشفيع يجعل الفرد او نصيبه
شفعا بضم نصيب شريكه اليه او نضم المشتري بالشفعة
الى ملكه ومنه شفاعة النبي صلى الله عليه وسلم لانه يضم
المذنبين الى الفائزين يقال شفع الرجل شفعا اذا كان
فردا فصار له ثان ونقل الخير الرملي عن بعضهم انها من
الشفع او من الشفاعة لان الاخذ جاهلية كان بها او من
الزيادة والتقوية ويرجعان لما قبلهما اه وقال المطرزي
لم يسمع من الشفعة فعل واما قولهم الدار التي يشفع بها
فمن استعمال الفقهاء والقهستاني لم يحملها لغة الضم وانما قال
هي لغة فعلة بالضم بمعنى مفعول اي ان قال في الاصل

اسم للملك المشفوع بملك اهـ وافاد في المصباح انها تستعمل
في المعنيين وكذا ذكره في المغرب والشفعة شرعا تمليك
كذا وقع في اكثر النسخ والصواب ما وقع في الكنز وغيره تملك
لانها من اوصاف الشفيع وهو متملك لا مملك لغيره قال
الاتقاني هي عبارة عن حق التملك في العقار ويتبعه الحموي
ويدل على تقدير هذا المضاف قولهم وتستقر بالاشهاد اذ
بالاشهاد لم يثبت التملك وقولهم حكمها جواز الطلب لان
حكم الشي يعقبه او يقارنه كذا قرره ابو السعود يعني
فلو حصل التملك قبل الطلب لزم تحصيل الحاصل فليتامل
البقعة اي تملك البقعة المشتراة من العقار جبرا اي من
حيث الجبر وفيه اشارة الى ما ذكر في المناسبة على المشتري
لها قال العلامة المقدسي فانه دفعها المشتري برضاه
لم تسم شفعة مع وجود ضم الشفيع ملكه الى ما اشتراه
المشتري وقال الحموي الظاهر ان الجبر بناء على الغالب
فالمراد عدم اعتبار الاختيار لانه يعتبر عدم الاختيار
وقوله على المشتري ينفي تريد قال في ايضاح الاصلاح
ولم يقل على مشتريه لانها قد تكون على البايع اذا اقر
البايع بالبيع وانكر المشتري اهـ وفي المحيط رجل زعم
انه باع دار من فلان بكذا ولم ياخذ الثمن فقال فلان
ما اشتريتها فلذلك كان للشفيع ان ياخذها بالشفعة
هذا اذا اقر انه باع من فلان وفلان حاضر ينكر الشرا
فاما اذا كان غايبا فلا خصومة للشفيع مع المشتري
اهـ وفي الفتاوى الصغرى الشفعة تعتمد زوال الملك
عن البايع لا على ثبوته للمشتري ولذا تثبت اذا باع بشرط
الخيار للمشتري ورجح الشيخ الرحمتي بقاءه لان الشفعة

الشفيع

انما توخذ

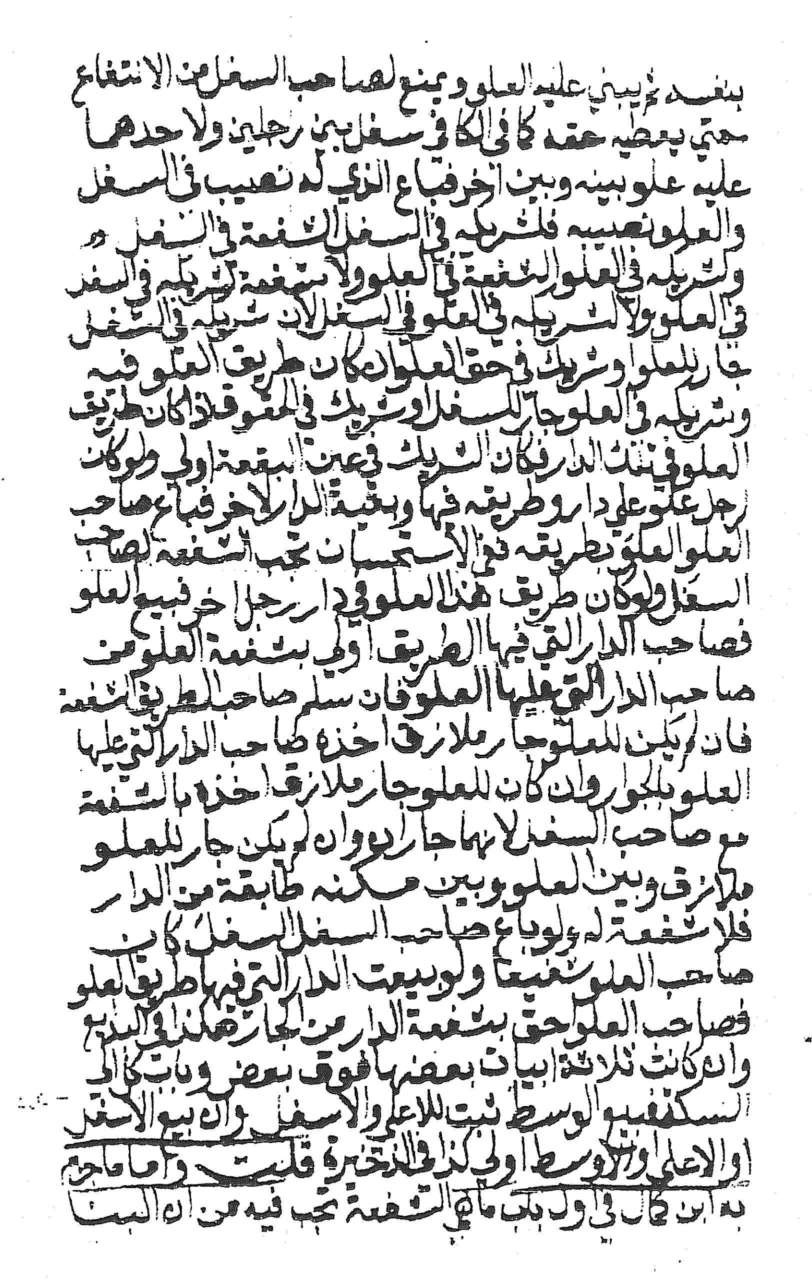
انما توخذ بعد عقد البيع وبالعقد يدخل المبيع في ملك
المشتري فيكون التملك عليه اي تملك ما ملكه بالشرا سوا
كان الاخذ من البايع او منه قال فلا ينافي ما يأتي من ان
ركنها اخذ الشفيع من احد المتعاقدين اهـ بما اي بالثمن
الذي والمؤن التي قام عليه اي على المشتري بمثله لو كان
الثمن مثليا من المكيل والموزون والعددي المتقارب
والا بان كان الثمن قيميا كالعبد معلوم فبقيمته بتملك
الشفيع جبرا على المشتري واحترز بالمشتري عما ملكه
بلا عوض كالهبة والارث والصدقة او بعوض غير
عين كالمهر والاجارة والخلع والصلح عن دم عمد فانه لا
شفعة في شي منها ودخل فيه ما وهب بعوض فانه
شرا انتهاء قهستاني وسببها اي الشفعة اتصال ملك الشفيع
بالمشترى بشفع الشركة تشمل الشركة في البقعة والشركة
في الحقوق كما ياتي وتشمل قليل الشركة وكثيرها حموي تنبيه
عليه قوام الدين الاتقاني وعلى هذا قول الشارح او
جوار يكون من باب التخصيص بعد التعميم وهي تجب
لدفع ضرر الدخيل عن الشفيع على الدوام بسبب سوء
المعاشرة والمعاملة من حيث اعلا الجدار وايقاد النار
ومنع ضوء النهار واثارة الغبار وايقاف الدواب والصغار
لاسيما اذا كان يضاره كما قيل اضيق السجون معاشرة
الاضداد وفي الحديث اللهم اني اعوذ بك من جار السوء
في دار المقامة فان جار البادية يتحول وشرطها اي
شرط وجوبها ان يكون المحل الذي هو ملك الشفيع عقار
وهو لغة الضيعة وقيل ما له اصل من دار وضيعة
نقله المطرزي ونقل الشارح في العقار انه كل ما له اصل

من دار وضيعة نقله المطرزي ونقل الشراح في العقار انه
كل ما له اصل من دار وضيعة اه فهو مطابق للتفسير
الثاني وقال الجوهري العقار بالفتح الارض والضياع والنخل
ومنه قولهم ما له دار ولا عقار والجمع ضياع وقال في الضيعة
انه العقار ففيه تفسير الاخص بالاعم كما هو ظاهر كلامه
فان كان غير ذلك فلا شفعة فيه عند عامة العلماء سوا
كان العقار مما يحتمل القسمة او لا كالحمام والرحى والبير والنهر
والعين والدور الصغيرة ثم تجب الشفعة في غير العقار
تبعا له وفي البدايع لو باع العقار مع العبيد والدواب تثبت
في الكل اه واطلق في العقار وهو مقيد بغير الارض
التي حيزت لبيت المال قال في الهندية قال اصحابنا الشفعة
لا تجب في المنقولات قصدا انما تجب تبعا للعقار وانما
تجب مقصورا في العقارات كالدار والكرم من الاراضي تجب
في الاراضي التي تملك رقابها حتى ان الاراضي لو قوفة والاراضي
التي حازها الامام لبيت المال ويدفع الى الناس مزارعة
فصار لهم فيها كردار كالبنا والاشجار والكبس اذا كبسوها
بتراب نقلوها من موضع يملكونها فلو بيعت هذه الاراضي
فبيعها باطل وبيع الكردار ان كان معلوما يجوز ولكن
لا شفعة فيها ولذا الاراضي التي يسمونها اذا كانت الاكرة يزرعونها
فبيعها لا يجوز وقال في الينابيع والظهيرية سئل في الاراضي
التي حازها السلطان لبيت المال ويدفعها مزارعة بالحصة
للمزارعين من الخارج من زرع وغرس ويتوارثونها هل
تباع ويتخذ بالشفعة ام لا واذا بيع البنا والشجر هل
يجوز ام لا اجاب بيعها باطل والباطل لا تتصور فيه
شفعة واذا بيع البنا والشجر وحده جاز ولا شفعة فيه

ولا يصير

شيخ

ولا يصير للبايع فيها حق اه فلا شفعة في البنا والاشجار
الا بتبعية العقار وان بيع بحق القرار شفعة لا كان العقار وعلو
مثال ما اذا بيع العلو لعقار كان كانا شريكين في علو وسفل
فباع احدهما حصته في العلو فللاخر الشفعة بتبعية العقار
وان وصلية لم يكن طريقه في السفل لانه اي العلو يلحق بالعقار
لما اي بالسبب الذي له حق القرار درر قال في النهاية سفل
لرجل وفوقه علو لغيره باع صاحب السفل سفله فلصاحب
العلو الشفعة ولو باع صاحب العلو علوه فلصاحب السفل
الشفعة فبعد ذلك ان كان طريق العلو في السفل كان
حق الشفعة بسبب الشركة في الطريق وان كان طريق
العلو في السكة العظمى كان حق الشفعة بسبب الجوار
فان لم يأخذ صاحب السفل بالشفعة حتى انهدم العلو فعلى
قول ابي يوسف رح تبطل شفعته وعلى قول محمد لا ولو بيع سفل
والعلو منهدم فعلى قول ابي يوسف لا شفعة لصاحب العلو
بناء على ان عنده حق الشفعة بسبب البنا وعند محمد له حق
الشفعة لان عنده حق الشفعة بسبب قرار حق البنا لا بسبب
نفس البنا وحق قرار العلو باق اه والقياس عدم وجوب
الشفعة في العلو لانه لا يبقى على وجه الدوام وانما استحسن
لان حق الوضع متابد فهو كالعرصة فالمراد الدرب وان
كان السفل لرجل وعلوه لاخر فبيعت دار بجنبها فالشفعة
لهما فان هدمت الدار قبل اخذ الشفعة فالشفعة لصاحب
السفل عند ابي يوسف لقيام ما يستحق به الشفعة
وهو الارض ولا شفعة لصاحب العلو لزوال ما كان يستحق
به الشفعة وقال محمد الشفعة لهما لان حقه قائم ايضا فانه
يبني العلو اذا بنى صاحب السفل سفله وله ان يبني السفل


بنفسه ثم يبني عليه العلو ويمنع لصاحب السفل من الانتفاع
حتى يبطل حقه كما في الكافي سفل بين رجلين ولاحدهما
عليه علو بينه وبين آخر فباع الذي له نصيب في السفل
والعلو نصيبه فلشريكه في السفل الشفعة في السفل
ولشريكه في العلو الشفعة في العلو ولا شفعة لشريكه في السفل
في العلو ولا لشريكه في العلو في السفل لان شريكه في السفل
جار للعلو وشريكه في حق العلو ان كان طريق العلو فيه
وشريكه في العلو جار للسفل او شريك في الحقوق فاذا كان طريق
العلو في تلك الدار فكان الشريك في عين الشفعة اولى ولو كان
رجل علو على دار وطريقه فيها وبقية الدار لآخر فباع صاحب
العلو العلو بطريقه ففي الاستحسان تجب الشفعة لصاحب
السفل ولو كان طريق هذا العلو في دار رجل آخر فبيع العلو
فصاحب الدار التي فيها الطريق اولى بشفعة العلو من
صاحب الدار التي عليها العلو فان سلم صاحب الطريق الشفعة
فان لم يكن للعلو جار ملازق اخذه صاحب الدار التي عليها
العلو بالجوار وان كان للعلو جار ملازق اخذه بالشفعة
مع صاحب السفل لانهما جاران وان لم يكن جار للعلو
ملازق وبين العلو وبين مسكنه طائفة من الدار
فلا شفعة له ولو باع صاحب السفل السفل كان
صاحب العلو شفيعا ولو بيعت الدار التي فيها طريق العلو
فصاحب العلو احق بشفعة الدار من الجار هكذا في الذخيرة
وان كانت ثلاثة ابيات بعضها فوق بعض وبيت كان في
السكة فبيع الوسط ثبت للاعلى والاسفل وان بيع الاسفل
او الاعلى فللاوسط اولى كذا في الذخيرة قلت واما ما جزم
به ابن كمال في اول باب ما هي الشفعة تجب فيه من ان البنا

لا تجب

لا تجب بسببه الشفعة اذا بيع العلو لانه اذا بيع صح الجوار
بل يلحق بالعقار اه ورده شيخنا خير الدين الرملي وافتى
بعدمها ولا يخفى انه انتصر في الرد على الاستاذ في الشذوذ كان
ينبغي ان العرف تبينه ويبين مسالة العلو لا يفاح ولعله
ان البناء فيما اذا ليس له حق البقاء على الدوام بل هو على شرف
الزوال لما قالوا ان الارض المحتكرة اذا بني المحتكر من دفع
اجرة المثل يوم من يرفع بناءه ويتوجر لغيره وكذا يقال
في السلطانية اذا بنوا من رفع ما عينه السلطان بخلاف
حق التعلي فانه يستحق الدوام كما مر تبعا للبزازية وغيرها
فليحفظ ولتحفظ ما في البزازية ولا شفعة في الكردار انما يسمى
بخوارزم حق القرار لانه نقلي كالارض السلطانية التي حازها
السلطان لبيت المال ويدفعها مزارعة بالنصف الى الناس
فصار لهم فيها اراده البنا والاشجار والكبس بالتراب فبيعها
باطل وبيع الكردار اذا كان معلوما يجوز لكن لا شفعة
فيه اه ملخصا ونحوه في النهاية والذخيرة ومما يؤيده
ما في الجامع الصغير ان بيعوا ارضا مملكة لا يجوز وانما يجوز البناء
فلا تجب الشفعة وروى الحسن عن ابي حنيفة انها تجب وهو
قوله وعليه الفتوى لانه باع المملوك اه قال في شرح الوهبانية
وهذا مبني على ان ارضها مملوكة لحاكم مكة كسائر ما سوى
من الابنية فتباع بيوت مكة تابعا لارضها ومما يرده ما في
التبيين تحت قوله ولو وضع جذوعه على حائط الخ قال ولهذا اذا
كان نقض الجدار شريكا في الجدار لا يتقدم على غيره من الجار
لان الشريك في البناء المجرد دون الارض لا يستحق الشفعة وفي
السراجية رجل له دار في ارض وقف فلا شفعة له ولو باع
هو عمارته فلا شفعة لجاره ايضا وفي القنية ولا شفعة في

بيع البنا في الارض المسبلة وقال الحلبي وابو السعود الى ترجيح
كلام ابن الكمال قال الحلبي تعليله الحاق العلو بالعقار بان له
حق القرار يؤيد ابن الكمال اهـ وقال ابو السعود وهذا مما
يقتضي ثبوت حق الشفعة فيما اذا بيع البنا بالارض المحتكرة
خلافا لما في فتاوى الطوري ان لا استدله في فتاواه سوى
قول المتن ولا في بنا ونخل بيعا بلا عرصة وفيه
انه ليس على اطلاقه بل مقيد بما اذا لم يكن لهما حق القرار توفيقا
بين كلامهم ويدل على ذلك ما ذكره ابن ملك في شرح المجمع
بعد قول المتن ولا تجب الشفعة في غير العقار حيث قال
حتى لو بيع النخل وحده او البنا وحده فلا شفعة لانه لا قرار
لها بدون العرصة فهذا التعليل كالتصريح بثبوت حق الشفعة
فيما اذا بيع البنا بالارض المحتكرة لماله من حق القرار اهـ قلت
وهذا لا كلام فيه على مدعاه لان التعليل المذكور لبيان
الفرق بين بيع البنا والنخل وحده وبين بيعه مع محله القائم
فيه فانه تثبت فيه الشفعة بوجود حق القرار على الدوام
بخلاف بيع البنا او الشجر وحده ولو في الارض المحتكرة ومن
ها هنا تبين ان يرد كلام ابن الكمال بان مراده بحق القرار المحل
القائم فيه فلا يكون فيه مخالفة لغيره قال السيد احمد وقوله
قوله ان لا استدله في فتاواه الخ غير مسلم بل وجد به التصريح
في القنية والسراجية والمنية والبزازية وما اخذه ابو السعود
اخذه من مفهوم هذا التعليل والتصريح مقدم عليه
وسيأتي لذلك مزيد ... وفروع في باب ما تثبت هي فيه
ان شاء الله تعالى ولم يتعرض الماتن والشارح لما سوى ذلك
من شروط الشفعة والاولى بيانه نذكرها تكميلا للفائدة
فمنها عقد المعاوضة وهو البيع او ما هو بمعناه فلا تجب الشفعة

بما ليس

بما ليس ببيع ولا بمعنى البيع ولذا قال في تنويرها جبرا على المشتري
حتى لا تجب في الهبة والصدقة والميراث والوصية لان الاخذ
بالشفعة تملك على المأخوذ منه ما ملك هو فاذا انعدم
معنى المعاوضة فلو اخذ الشفيع اما ان يأخذ بالقيمة او مجانا
لا سبيل الى الاول لان المأخوذ منه لم يتملك بالقيمة ولا الى
الثاني لان الجبر على التبرع ليس بمشروع فامتنع الاخذ اصلا
وان كانت الهبة بشرط العوض فان تقابضا وجبت
الشفعة وان قبض احدهما دون الاخر فلا شفعة عند علمائنا
الثلاثة ولو وهب عقارا من غير شرط العوض فان تقابضا
وجبت الشفعة وان قبض احدهما دون الاخر فلا شفعة
عند علمائنا الثلاثة ولو وهب عقارا من غير شرط العوض
ثم ان الموهوب له عوضه من ذلك دارا فلا شفعة في الدارين
التي هي بدل الصلح سواء كان الصلح عن الدار عن اقرار
او انكار او سكوت ولا تجب في الدار المصالح عنها عن سكوت
لان الحكم لا يثبت بدون شرطه فلا يثبت مع الشك في وجود
شرطه ولو كانت بدل الصلح منافع فلا شفعة في الدار المصالح
عنها كان الصلح عن اقرار او انكار ولو صالحها على ان يأخذ
المدعي الدار ويعطيه دارا اخرى فان كان الصلح عن انكار
في كل واحدة من الدارين الشفعة بقيمة الاخرى وان كانت
عن اقرار لا يصح الصلح ولا تجب الشفعة في الدارين جميعا
لانها ملك المدعي ... فيهما معاوضة المال بالمال وعلى هذا
يخرج ما اذا صالح عن جناية توجب القصاص فيما دون
النفس على دار لا تجب ولو صالح عن جناية توجب الارش
دون القصاص على دار تجب فيها حق الشفعة ولو اعتق
عبدا على دار لا تجب الشفعة ومهرا ولا ... بدل الخلع

فاذا لم تزل اي يده فلا تجب الشفعة في المبيع بشرط الخيار
للبائع ما بقي خياره ولو كان الخيار للمشتري وجبت الشفعة
ولو كان الخيار لهما لم تجب الشفعة ولو شرط البائع الخيار
للشفيع فلا شفعة له فان اجاز الشفيع البيع جاز البيع ولا
شفعة له وان فسخ فلا شفعة له والحيلة للشفيع في ذلك
ان لا يفسخ ولا يجيز حتى يجيز البائع او يجوز بمضي
المدة فتكون له الشفعة وخيار العيب والرؤية لا يمنع وجوب
الشفعة ومنها زوال حق البائع فلا تجب الشفعة في الشراء
الفاسد ولو باعه المشتري شراء فاسدا بيعا صحيحا
فالشفيع هو بالخيار ان شاء اخذها بالبيع الاول وان شاء
اخذها بالبيع الثاني ان اخذ بالبيع الثاني اخذ بالثمن
وان اخذ بالبيع الاول اخذ بقيمة المبيع يوم القبض لان
المبيع بيعا فاسدا مضمون بالقبض كالمغصوب وعلى
هذا الاصل يخرج قول ابي حنيفة فيمن اشترى ارضا شراء
فاسدا فبنى عليها انه يثبت للشفيع حق الشفعة وعندهما
لا يثبت ومنها ملك الشفيع وقت الشراء في الدار التي ياخذ
بها الشفعة فلا شفعة له بدار يسكنها بالاجارة والاعارة
ولا بدار باعها قبل الشراء ولا بدار جعلها مسجدا ومنها
ظهور ملك الشفيع عند الانكار بحجة مطلقة وهو البينة
او تصديقه وهو في الحقيقة شرط ظهور الحق لا شرط
ثبوته فاذا انكر المشتري كون الدار التي يشفع بها مملوكة للشفيع
ليس له ان ياخذ بالشفعة حتى يقيم البينة انها داره وهذا
قول ابي حنيفة واحدى الروايتين عن ابي يوسف ومنها
ان لا تكون الدار المشفوعة ملكا للشفيع وقت البيع فان كانت
لم تجب الشفعة ومنها عدم الرضا من الشفيع بالبيع

او بحكمه

او بحكمه صريحا او دلالة فان رضي بالبيع او بحكمه صريحا
او دلالة بان وكله صاحب الدار ببيعها فباعها فلا شفعة له
وكذلك المضارب اذا باع دارا من مال المضاربة ورب المال
شفيعها بدار اخرى لا شفعة لرب الدار سواء كان في الدار ربح او لا
واسلام الشفيع ليس بشرط لوجوب الشفعة فتجب
الشفعة لاهل الذمة فيما بينهم وللذمي على المسلم وكذا
الحرية والذكورة والعقل والبلوغ والعدالة ليست بشرط
فتجب الشفعة للماذون والمكاتب ومعتق البعض وللنساء
والصبيان والمجانين واهل البغي الا ان الخصم فيما يجب
للصبي او عليه الذي يتصرف في ماله من الاب ووصيه
والجد اب الاب ووصيه والقاضي ووصيه هكذا في البدائع
وركنها اي الشفعة بمعنى حق التملك في المشفوع اخذ
الشفيع من احد المتعاقدين بايعا كان او مشتريا وذلك
فيما لو كان البائع بالبيع وانكر المشتري كما قدمناه عن ابن
الكمال تحت قول الماتن جبرا على المشتري لكن مما يتوجه
الاخذ عند وجود سببها وهي الشركة والجوار وشرطها
اي مطلق الشروط الخاصة التي ذكرناها مع الشرط التاسع
الذي ذكره الماتن وحكمها اي الشفعة جواز الطلب عند
تحقق السبب ولو بعد سنين هذا مرتبط بقوله جواز اي
اذا لم يعلم بها زاد صاحب النهاية من احكامها تاكدها بعد
الطلب وثبوت الملك بالقضاء بها او بالرضا اه قال
الخير الرملي في حاشيته على المنح ومنه واقعة الفتوى لو ورث
عن عمه دار القادر عن عمته المتوفية لانه في حياتها اشتراها
من اخيها فانكر العلم بالبيع وهو شفيعها فاشهد من شهود
به فطلب فورا فالطلب صحيح لانه طلب عند تحقق السبب

وصفه بأي الشفعة إن لا أخذ بأخذ الشفيع ...
بها أي بالشفعة إنما هو بمنزلة شراء مبتدأ فيثبت بها
أي بالشفعة للشفيع حيث كان تملكا ببدل فكان شراء حكما
فثبت لذلك ما أي كل حكم ثبت بالشراء بينه وبين المأخوذ
منه بائعا كان أو مشتريا كالرد أي رد المشفوع بخيار رؤية
أو خيار عيب ورجوع العهدة خلا ضمان الغرور فإن
الشفيع لا يرجع به على المأخوذ منه لأنه ليس بغار له
لكونه يأخذها منه جبرا لكن هذا الذي ذكره إنما يأتي في
الأخذ بالقضاء أما إذا أخذها بغير قضاء فلا ستفهم التعليل
بما ذكر كما في حاشية شرح على الأشباه وكما لا يثبت
للمشتري إلا بشرط لا يثبت للشفيع إلا بالشرط كما في خزانة
المفتين بحث قال في شرح أي تثبت وإنما فسرنا الوجوب
بالثبوت لأنه لا يأثم بتركها لأنها واجبة له أي للشفيع لا
عليه لأنه يلحقه بدخول غيره عليه الأذية على وجه
الدوام كما تقدم اهـ يعني فالشفيع مخير في الأخذ
والترك قال السيد أحمد فإذا كان المشتري فاسقا ...
على الظن تطلعه على نساء الشفيع وكان دفعه بالشفعة
فلا مانع من الوجوب إلا أنه عارض نادر اهـ قلت
وفيه نظر لأن الشفيع ربما لا يقدر على الثمن وربما
يختار بيع بيته والاكتفاء بالاستئجار في محل لائق فتأمل
بعد البيع ولو قبل القبض قال في محيط السرخسي
ولو اشترى دارا ولم يقبضها حتى بيعت بجنبها دار
أخرى فله الشفعة وقال في المنح فلو أسلم الشفيع شفعته
قبل عقد البيع فتسليمه باطل وهو على شفعته بعد
العقد وفي المبسوط أن الشفعة تثبت بالبيع قبل ملك

المشتري ألا ترى أنه لو قال بعت عبده من فلان
وقال فلان ما اشتريت كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة
لثبوت البيع بإقرار البائع وإن لم يثبت ملك المشتري
لإنكاره ولهذا إذا اشترى دارا بشرط خيار تجب
الشفعة بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع بحضرته ولو كان
البيع فاسدا لكن بشرط أن يتصل به القبض ...
فاستحق المالك ما أن وقفه المشتري ... ولو
ه كما في الدرر ... في الباب إلا أن يطلب ...
له ... انقطاع حق البائع بالاتفاق وكان
البيع بخيار المشتري وفي المبسوط ولو اشترى دارا بعبد
وشرط الخيار فلأن المشتري الدار فللشفيع فيها الشفعة
فإن أخذها من يد مشتريها فقد وجب البيع له ...
المشتري وبطل خياره وسلم العبد للبائع فإن ... يسلم
العبد أخذ عبده ودفع قيمة العبد لأخذها من الشفيع
إلى البائع ولا يكون أخذ الشفيع الدار بالشفعة اختيارا
من المشتري وإسقاطا لخياره في العبد بخلاف ما إذا ...
المشتري فذلك اختيار منه ولو كان الدار في يد البائع كان
للشفيع أن يأخذها منه بقيمة العبد ويسلم العبد للمشتري
ولو كانت الدار في يد المشتري وهلك العبد في يد البائع
انتقض البيع ورد المشتري الدار وللشفيع أن يأخذها بقيمة
العبد ولو ... ولو اشترى دارا بعبد بعينه ... بعينه
عينه وشرط فيه الخيار أن شرط الخيار للبائع الدار فلا
شفعة للشفيع فيها تمام البيع وشرط الخيار في الدار
وفي العبد ولو كان الخيار لبائع الدار فبيعت الدار بجنب
الدار شفيعة فللبائع أن يأخذ بالشفعة فإذا أخذها

كان هذا نقضا للبيع واذا كان الخيار للمشتري فبيعت
دار بجنب هذه الدار كان له فيها الشفعة فاذا اخذها
بالشفعة كان ذلك منه اجازة للبيع فاذا جاء الشفيع
واخذ منه الدار الاولى بالشفعة لم يكن له على الثانية
سبيل لانه انما يملكها الان فلا يصير بها جار الدار
الاخرى من وقت العقد الا ان يكون له دار الى جنبها
والدار الثانية سالمة للمشتري لان اخذ الشفيع من يده
لا يبطل ملكه من الاصل ولهذا كانت عهدة الشفيع عليه
فلا يتبين انعدام السبب في حقه حين اخذها بالشفعة
كذا في المبسوط واذا اشترى دارا ولم يكن راها ثم بيعت
دار بجنبها فاخذها بالشفعة لم يبطل خياره في الرواية
الصحيحة لان الاخذ بالشفعة دلالة الرضا وخيار الرؤية
لا يبطل الرضا دلالة كذا في محيط السرخسي ولو كان المشتري
بالخيار ابدا لم يكن للشفيع الشفعة فيها فان ابطل المشتري
خياره واستوجب البيع بعد مضي الايام الثلاثة وجبت
الشفعة وكذلك عندهما بعد مضي الايام الثلاثة كما
في المبسوط واذا كان المشتري شرط الخيار لنفسه شهرا
وما اشبه ذلك فلا شفعة للشفيع عند ابي حنيفة فان ابطل
المشتري خياره حتى انقلب البيع صحيحا وجب للشفيع
الشفعة كذا في المحيط وفي الفتاوى العتابية ولو باع
بخيار ثلاثة ايام ثم زاده ثلاثة اخرى وقد كان الشفيع طلب
الشفعة وقت البيع اخذها اذا انقضت المدة الاولى واذا ردها
احد الجارين على الاصل اخذها الجار الاخر كما في التتارخانية
وتستقر الشفعة بالاشهاد في مجلسه على المشتري مطلقا
او على البائع لو العقار في يده لانها حق ضعيف تبطل

بالاعراض

بالاعراض فلا بد من الاشهاد بعد طلب المواثبة للاستقرار
كما انه لا بد من طلب المواثبة وهو ان يطلب كما سمع لقوله
صلى الله عليه وسلم الشفعة لمن واثبها وقال صلى الله عليه وسلم
الشفعة كحل العقال ولان رغبته بذلك تعلم ولانه يحتاج الى
اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه ذلك الا بالاشهاد نظرا
الى اثباته وهو الاحتياج الى اثباته دالة الى المشتري طلبه
واما اذا لم يتمكن فلا يحتاج وقول الشارح على طلب المواثبة
اراد به انه الاشهاد اذا [illegible] عند طلب المواثبة كان
كافيا فلما صح انه لا بد من طلب المواثبة ومن
الاشهاد قال ابن الكمال اراد بالاشهاد طلب المواثبة وانما
قال تستقر لان حق الشفعة قبل هذا متزلزل بحيث
لو اخر تبطل واذا لم يؤخر استقر بها لا تبطل بعد ذلك وطلب
المواثبة ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت
شفعته هداية قال في النهاية على فور علمه بالبيع من غير
توقف حتى كان بعده تاس او لم يكن اهـ واراد الشارح
بقوله فلا تبطل الشفعة بعده متابعة ابن الكمال اما
اذا كان طلب المواثبة يغني عن طلب التقرير اذا كان
بحضرة البائع او المشتري او المبيع كما ياتي والا فلو اخر طلب
التقرير بعد طلب المواثبة فانها تبطل كما ياتي قال الشيخ
رحمه وعبارة المتن اولى بالقبول لان معنى قوله
وتستقر بالاشهاد اي بعد المواثبة كما هو طريقه كتبه
والاشهاد المغني عن الطلب ولا [illegible] عبارة اهـ
بعده ابي [illegible] فيه القاضي على ظاهر المذهب [illegible] به
وقيل يفتي بقول محمد ان اخرها شهرا بلا عذر بطلت
وتملك الدار المشفوعة بالاخذ بالتراضي اذا سلمها المشتري

برضاه او بقضا القاضي من غير اعتراض علي الاخذ
اي وتملك ايضا بحكم الحاكم لان ملك المشتري قد تم بالشرا
فلا يخرج عنه الي الشفيع الا برضاه او بحكم الحاكم وذلك لثبوت
ملك الشفيع بمجرد الحكم الحاصل من القاضي قبل الاخذ لما
جرى مثل الاخير ولان للحاكم ولاية عامة فيقدر على ذلك
في ضمن الحكم بالحق وولايته على نفسه فوق ولاية القاضي
عليه فكان اولى بذلك ونظيره الهبة لما تم ملك الموهوب
له لا يخرج عن ملكه الا باحد الامرين المذكورين الا ان اخذ
الشفعة بقضا القاضي احوط حتى كان للشفيع ان
يمتنع من الاخذ اذا سلم المشتري له بغير قضا لان في القضا
زيادة فايدة وهو ضرورة الحادثة معلومة للقاضي
ويتبين سبب الملك له فاذا كانت الشفعة تملك بلا شك
باحد الامرين فقبل وجود احدهما لا يثبت له فيها شي
من احكام الملك حتى لا يورث عنه اذا مات في هذه
الحالة وتبطل شفعته اذا باع داره التي يشفع بها ولو بيعت
دار بجنبها في هذه الحالة لا يستحقها بالشفعة لعدم ملكه
فيها زيلعي وتجب الشفعة بالبيع وتقسم بقدر روس
الشفعا اذا كانوا كثيرا لا على مقدار انصبا الملك خلافا
للشافعي فانه قال تنقسم على مقدار الانصبا لان
الشفعة من مرافق الملك الا ترى انها لتكميل المنفعة
فاشبه الغلة والربح والولد والثمرة ولنا انهم استووا
في سبب الاستحقاق بوجود علة استحقاق الكل في
حق كل واحد منهم ولهذا لو انفرد واحد اخذ الكل والاستوا
في العلة يوجب الاستوا في الحكم ولا ترجيح بكثرة العلل بل
بقوة فيها الا ترى ان احد الخصمين اذا اقام شاهدين

والاخر

والاخر اربعة فهما سوا وكذا صاحب الجراحات مع صاحب
جراحة واحدة بخلاف الجز مع الجرح فان الجز قوي لا يتخلف
عنه الموت فكان اولى باضافة الموت اليه واما ما يستشهد
به الشافعي من الولد وغيره فهو متولد من الملك فيتجزى
بقدر الملك وتملك ملك الغير لا يتولد من ملكه فكيف
يجعل من ثمراته بل العلة اصل الملك لا قدره والحكم لا يزداد
بزيادة العلة زيلعي وفي الكافي والشفعة عندنا على
عدد الروس اذا كان دار بين ثلاثة نفر لاحدهم نصفها
وللاخر ثلثها وللاخر سدسها فباع صاحب النصف نصفه
وطلب الاخران الشفعة قضي بالشفعة المبيع بينهما وان
باع صاحب السدس قضي بينهما نصفان في الكل ولو اسقط
بعضهم فهي للباقين بالكل على عددهم ولو كان البعض
غايبا يقضي بين الحاضرين على عددهم كما ياتي للخليط
وهذا متعلق بتجب يعني تجب الشفعة للخليط اي
المخالط في نفس المبيع كما اذا كان الشفيع شريكا في
الدار التي تباع بعضها وكانت مشاعة لم تقسم فباع
الشريك الاخر حصته من اجنبي تثبت لشريكه الشفعة
وفي البدايع دار لرجل فيها بيت بينه وبين غيره فباع
الرجل الدار فطلب الجار الشفعة وطلبها الشريك في البيت
فصاحب الشركة في البيت اولى بالبيت وبقية الدار بينهما
نصفان لان لم يكن خليطا في نفس المبيع وكان خليطا
ولكن سلم ايها الخليط او كان خليطا غايبا وقوله في حق
المبيع متعلق بالضمير العايد على الخليط اذ لا يصح ان يراد
هنا الا في حق المبيع لان الظرف قيد للخليط لا صفة لموجوب
فان الموجر على الخليط في نفس المبيع هو الخليط في حقه

تجب له الشفعة في المبيع لا في حق المبيع وان ابقى الظرف متعلقا
بالضمير المجرور فلا حاجة لاظهار لفظ تجب للتعلق به من
المعطوف عليه رحمتي وهو الخليط الذي يكون في حق المبيع
لا في نفس المبيع الذي قاسم العقار الموروث او المشتري
وبقيت له شركة في حق العقار وهذا تفسير لا تقييد
فان اصحاب السكة الغير النافذة والنهر الذي بين قوم
تسقى اراضيهم منه كلهم خلطاء في حق المبيع سواء سبق
لهم تقاسم اولا ولقائل ان يقول انه قبل القسمة يستحق
من حيث كونه شريكا في نفس المبيع لا في حقه ان الشريك
في المبيع مقدم على الخليط في حقه كالشرب بكسر الشين المعجمة
وهو النصيب من الماء والطريق حال كون الطريق والشرب
خاصين وهذا لما رواه جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم
قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة او حائط لا يحل
له ان يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء اخذ وان شاء ترك
وان باع ولم يؤذنه فهو احق به رواه مسلم وابو داود
والنسائي وعن عبادة بن الصامت ان النبي صلى الله عليه
وسلم قضى بالشفعة بين الشركاء في الارضين والدور
رواه عبد الله بن احمد في المسند وقال صلى الله عليه وسلم
الجار احق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان
طريقهما واحدا رواه ابو داود واحمد والدارقطني وابن
ماجه وقال صلى الله عليه وسلم جار الدار احق من غيره
رواه احمد وابو داود والترمذي وصححه وقال صلى
الله عليه وسلم الجار احق بشفعته ما كان رواه احمد والنسائي
وابن ماجه وفي القهستاني ولو بيع عقار بلا شرب وطريق وقت
البيع فلا شفعة فيه من جهة حقوقه ولو شاركه احد

في شرب

في الشرب واخر في الطريق فصاحب الشرب اولى ونقل البرجندي
ان الطريق اولى وتثبت الشفعة لاهل الجدول ثم لاهل
الساقية ثم لاهل النهر العظيم هكذا في الشق وانما وجبت
الشفعة مرتبة على الترتيب الذي ذكره هنا لانها وجبت لدفع
الضرر الدائم الذي يلحقه من جهته على ما بينا فكل ما كان
اكثر اتصالا كان اخص بالضرر واشد تبعا معه فكان
احق بها لقوة الموجب لها فليس للاضعف ان يأخذ مع
وجود الاقوى الا اذا ترك فحينئذ يأخذ اذا اشهد بانه
يطلبها عند علمه بالبيع وان لم يشهد عند ذلك سقط
حقه وعن ابي يوسف انه لا يأخذ وان ترك لانه محجوب به
قلنا تحقق السبب في حقه وانما قدم عليه غيره لقوته
فاذا ترك كان له ان يأخذ وهو نظير دين الصحة مع دين
المرض ثم نشر لما تقدم ذلك اي خصوص الشرب وخصوص
الطريق على طريق اللف والنشر المشوش بقوله كشرب
نهر لا اضافة على معنى من صغير واختلفوا في حد الفاصل
بين النهر الصغير والكبير قال ابو حنيفة ومحمد النهر الصغير
هو الذي لا تجري فيه السفن والكبير ما تجري فيه وذلك
ليس بخاص فاذا بيع ارض من الاراضي التي تسقى منها لا يستحق
اهل النهر الشفعة بسببه والجار احق منهم بخلاف النهر الصغير
قال الشيخ الامام عبد الواحد الشيباني اراد بالسفن هنا
السماريات التي هي اصغر السفن كذا في الذخيرة وقيل ان كان
اهله لا يحصون فهو كبير وان كانوا يحصون فهو صغير
وعليه عامة المشايخ لكن اختلفوا في حد ما لا يحصى فبعضهم
ما لا يحصى بخمسمائة وبعضهم باربعين وعن ابي يوسف
مرجع الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة وما زاد على ذلك

فهو عام وقيل مفوض الى رأي المجتهدين في كل عصر فان رأوهم
كثيرا كانوا كثيرا وان رأوهم قليلا كانوا قليلا وما اشبه الاقاويل
بذلك وفي الدر المنتقى عن المحيط هو الاصح والمراد بالمجتهد
الحاكم ذو الرأي المصيب قال الشيخ الرحمتي وهذا ما ينبغي التعويل
عليه ان من باع ارضا من دمشق واطرافها تسقى من بردى
ان تثبت الشفعة لكل من شرب من ذلك النهر وهو يجري
من مسافة لا تنقطع بثماني ساعات بل تزيد على ذلك
مع انه لا تجري فيه السفن وهو مملوك لاصحابه اه وقال
الشامي اصل مياه دمشق من بردى وتتشعب منه
انهار وتتشعب منها شرب البيوت طوالع وكل طالع
قد تتشعب منه طوالع وهكذا ومقتضى ما في المتن ان
يعتبر اخص طالع ثم ما فوقه وهكذا الى ان ينتهي الى النهر
العظيم وهو بردى الذي يسقي دمشق وقراها وطريق
الاستدلال هو الطريق الخاص فان كان نافذا فليس بخاص
فلو كان الشرب والطريق عامين لا شفعة بهما قال في
الهندية اسباب الشفعة اذا اجتمعت يراعى فيها الترتيب
فيقدم الاقوى فالاقوى فيقدم الشريك على الخليط
والخليط على الجار فان سلم الشريك وجبت الشفعة
للخليط فاذا اجتمع خليطان يقدم الاخص ثم الاعم
وان سلم الخليط وجبت للجار هذا ظاهر الرواية وهو الصحيح
لان كل واحد من هذه الاشياء الثلاثة سبب صالح للاستحقاق
الا انه يرجح البعض على البعض لقوة في التأثير فاذا سلم الشريك
التحقت شركته بالعدم وبقي كأنه لم يكن فيراعى الترتيب في
الباقي كما لو اجتمع الخلطة والجوار ابتداء وبيان هذا دار بين
رجلين في سكة غير نافذة طريقها من هذه السكة باع

احدها

احدها نصيبه فالشفعة لشريكه فان سلم فالشفعة لاهل
السكة كلهم يستوي فيها الملاصق وغير الملاصق لانهم
كلهم خلطاء في الطريق فان سلموا فالشفعة للجار الملاصق
ولو انشعبت من هذه السكة سكة اخرى غير نافذة فبيعت
دار فيها فالشفعة لاهل هذه السكة خاصة لان خلطة
هذه السكة اخص من خلطة اهل السكة العليا وان
بيعت دار في السكة العليا فالشفعة لاهل السكة العليا
ولاهل السكة السفلى لان خلطتهم في السكة العليا سوى
وقال محمد رح اهل السكة يستحقون الشفعة بالطريق
اذا كان ملكهم وان كان فناء غير مملوك وان كان بسكة نافذة
فبيعت دار فيها فلا شفعة الا للجار الملاصق وكذلك دار
بينهما طريق نافذ غير مملوك فبيعت احداهما فلا شفعة
الا للجار الملاصق وان كان مملوكا فهي في حكم غير النافذ والطريق
النافذ الذي لا يستحق به الشفعة ما لا يملك اهله سده
وان كان فناء منفرجا عن الطريق الاعظم او زقاقا او دربا
غير نافذ فيه دور فبيعت دار فيها فاصحاب الدور شفعاء
قال الشيخ الامام عبد الواحد الشيباني هذا اذا كان الفناء
مربعا فاما اذا كان الفناء مدورا فالشفعة للجار الملاصق
كذا في الظهيرية سكة غير نافذة اذا بيعت دار فيها فالشفعة
لجميع اهل السكة ولا فرق بين المدورة والمعوجة والمستقيمة
كذا في الملتقط سكة غير نافذة فيها عطف مدورة يريد
بالعطف الذي يقال بالفارسية خم ده وفي العطف منازل
فباع رجل منزلا في اعلى السكة او اسفلها او في العطف فالشفعة
لجميع الشركاء ان كان العطف مربعا بان تكون سكة ممدودة
في كل جانب منها رفيقة وفي السكة دور وفي الرفيقتين دور

فباع رجل في العطف منزلا فالشفعة لاصحاب العطف دون
اصحاب السكة ولو باع رجل في السكة دارا كانوا جميعا شفعاء
قال الحاكم الشهيد ان العطف المدور لا يصير السكة في حكم السكتين
الا يرى انه صار الدور في هذا العطف تتغير فيصير بمنزلة
سكة في سكة كذا في الذخيرة سكة تذهب طولا وفي
اسفلها سكة اخرى غير نافذة بينها حاجز درب ولا حق لاهل
السكة الاولى فيها فبيعت دار من السكة العليا فلاهل
السفلة الشفعة لانهم ولو بيعت من السفلى فالشفعة
لاهلها خاصة وكذا اذا كان فيها زايغة كذا في القنية وفي المنتقى
ابن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في درب فيه
زايغة التي عليها الدرب فهم شركاء في الشفعة وان كان درب
مستطيل فيه زايغة ليست على ما وصفت لك ولكنها تشبه
السكة فاهل تلك الزايغة شركاء في دورهم ولا يشركهم اهل
الدرب في الشفعة وقال ابو يوسف رحمه الله ذلك كله سوا
وهم شركاء في زايغتهم دون اهل الدرب كذا في الذخيرة
ولو كان بيت في دار في سكة غير نافذة والبيت لاثنين
والدار لقوم فباع احد الشريكين نصيبه من البيت
فالشفعة اولا للشريك في البيت فان سلم فلشريك الدار
فان سلم فلاهل السكة الكل في ذلك على السواء فان
سلموا فللجار الملازق وهو الذي على ظهر هذه الدار وباب
داره في سكة اخرى وفي شرح ادب القاضي للخصاف
في باب الشفعة فان كان لهذه الدار التي فيها هذا
البيت جيران ملازقون فالذي هو ملازق هذا البيت
والذي يلازق اقصى الدار لا هذا البيت في الشفعة سوا
كذا في المحيط دار بين شريكين في سكة غير نافذة باع

احد

احد الشريكين نصيبه من الدار من انسان فالشفعة
اولا للشريك في الدار فان سلم فللشريك في الحائط المشترك
وسياتي الكلام في ذلك بيانه اقتصر في بيان النهر الخاص
والعام ولم يبين الطريق وقد تضح مما نقلناه شرب
نهر مشترك بين قوم معلومين سقي اراضيهم منه اي من ذلك
النهر بيعت ارض منها فلكل واحد من اهل الشرب الشفعة
يعني ان الشركاء كلهم شفعاء يستوي الملاصق وغير الملاصق
ولو كان النهر المذكور عاما والمسالة بحالها بان كان يسقى
اراضي قوم لا يحصون وبيعت الارض منها فالشفعة في ذلك
انما هي للجار الملاصق فقط ولو نزع من هذا النهر نهرا
فيه اراضون او بساتين او كروم فبيع ارض او بستان شربه
من هذا النهر النازع فاهل هذا النهر احق بالشفعة من
النهر الكبير ولو بيعت ارض على هذا النهر الكبير كان اهله
واهل النهر النازع في الشفعة سوا لاستوائهم في الشرب
كذا في البدايع واذا كان نهر رجل في ارض رجل عليه رحى له
في بيت فباع صاحب النهر النهر والرحى والبيت فطلب
صاحب الارض الشفعة في ذلك كله فله الشفعة وان
كان بين ارضه وبين موضع الرحى ارض رجل
وكان جانب النهر الاخر لرجل اخر فطلب الشفعة فلهما
ان ياخذا ذلك بالشفعة لانهما سوا في الجوار الى النهر وان
كان بعضهم اقرب الى الرحى كذا في المبسوط نهر بين رجلين
يجري لقوم منه نهر صغير فيه شرب اراضيهم من هذا
النهر الصغير فباع رجل من اهل هذا النهر الصغير ارضه بشربها
كان للذين شربهم من هذا النهر الصغير ان ياخذوا تلك الارض
بالشفعة اقصاهم وادناهم فيها سوا فان كانت الارض التي بيعت

قطعة اخرى لزيقة بهذه الارض المبيعة وشرب هذه القطعة
من النهر الكبير وفي كتاب هلال البصري في نهر ملتوي يجمع
فيه ارضون يختلف الالتواء وقبله فان كان الالتواء بتربيع
فهو لنهرين فتكون الشفعة للشركاء في الشرب الى موضع
الالتواء خاصة فان سلموا فهي للباقين من اهل النهر
وان كان الالتواء باستدارة وانحراف كانت الشفعة لهم
جميعا وجعلوه كالنهر الواحد كذا في المحيط وفي المنتقى ابن سماعة
عن محمد رح نهر بين قوم وعليه ارضون وبساتين
شربها من ذلك النهر هم شركاء فيه فلهم الشفعة فيما
بيع من هذه الارضين والبساتين فان اتخذوا من تلك
الارضين والبساتين دورا واستغنوا من ذلك الماء فانه
لا شفعة بينهم الا بالجوار بمنزلة دار الانصار وان بقي من هذه
الارضين ما يزرع وبقي منها بساتين يحتاج الى السقي فهم
شركاء في الشرب على حالهم وهم شركاء في الشفعة كذا في المحيط
نهر فيه شرب لقوم وارض النهر لغيرهم فباع رجل منهم
ارضه والماء منقطع عن النهر فلهم الشفعة في قول محمد وفي
قياس قول ابي يوسف لا شفعة لهم بحق الشرب اذا كان
الماء منقطعا كما في العلو المنهدم كذا في الخانية ولو اشترى رجل
نهرا باصله ولرجل ارض في اعلاه الى جنبه ولرجل اخر ارض
في اسفله الى جنبه فلهما جميعا الشفعة في جميع النهر
من اعلاه الى اسفله وكذا القناة والعين والبئر وهي
من العقارات يستحق فيها الشفعة بالجوار وكذلك القناة
يكون ماؤها فتحها في ارض ويظهر ماؤها في ارض اخرى
يجري ابها من مفتحها الى المصب اشتركا في الشفعة وان كان
نهر لرجل خالصا له وعليه ارض ولاخر عليه ارض ولا شرب

لهم

لهم فيه فباع رب الارض النهر خاصة فهم شركاء في الشفعة
فيه لاتصال ارضهم بالمبيع وان باع الارض خاصة دون
النهر فالملازق للارض اولاهم بالشفعة وان باع النهر
والارض جميعا كانوا شفعاء في النهر لاتصال ملك كل واحد
منهم بالنهر وكان الملتزق هو الملاصق للارض اولاهم بالشفعة
في الارض لاتصال ملكه بالارض بمنزلة طريق في دار
لرجل فباع الطريق والطريق خالص له فالجار الطريق
اولى به من جار الارض ولو كان شريكا في الطريق اخذ
شفعته من الدار لان الشريك مقدم على الجار فلذلك
اذا كان شريكا في النهر اخذ بحصته من الارض وكان احق
بهما جميعا من جيران الارض والطريق والنهر سوا في
كل شيء كذا في المبسوط رجل له نصيب في نهر فهو احق بالشفعة
ممن يجري النهر في ارضه كذا في الخانية واذا كان نهر اعلاه لرجل
واسفله لرجل اخر ومجراه في ارض رجل ثالث فاشترى رجل نصيب
صاحب اعلى النهر فطلب صاحب الارض وصاحب اسفل
النهر الشفعة فالشفعة لهما جميعا بالجوار وكذلك لو اشترى
رجل نصيب صاحب اسفل النهر والشفعة لصاحب الاعلى
بالجوار وكذلك لو كانت قناة مخرجها بين رجلين الى مكان
معلوم واسفل من ذلك لاحدهما فباع صاحب الاسفل
ذلك الاسفل فالشريك والجار فيه سوا واذا كان نهر
لرجل فطلب اليه رجل البكرى منه نهرا الى ارضه ببيع النهر
الاول ومجراه في ارض رجل اخر فصاحب الارض اولى بالشفعة
كذا في المبسوط وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رح دار في
سكة خاصة باع ربها صاحبها من رجل بلا طريق فلا اهل
السكة الشفعة وكذلك لو باع ارضا بلا شرب فلا اهل

الشرب الشفعة ولو بيعت هذه الدار وهذه الدار مرة اخرى
فليس لهم فيها الشفعة كذا في الظهيرية قال محمد رحمه الله في قراح
واحد في وسط ساقية جارية شرب هذا القراح منها
من الجانبين فبيع القراح فلها شفيعان احدهما على هذه الناحية
من القراح والاخر على الجانب الاخر قال هما شفيعان في القراح
وليست الساقية من حقوق هذا القراح فلا يعتبر اصلا
كالحائط الممتد ولو كانت هذه الساقية بجوار القراح ويشرب
منها الغرب بخارج من هذا القراح فاصحاب الساقية
احق بالشفعة من الجار كذا في البدائع رجل مسيل ماء في
دار بيعت كان له الشفعة بالجوار لا بالشركة وليس المسيل
كالشرب كما في التتارخانية دار بين رجلين ولاحدهما حائط
في الدار بينه وبين اخر فباع الذي له شركة في الحائط نصيبه
من الدار والحائط فالشريك في الدار احق بشفعة
الدار والشريك في الحائط اولى وهو جار في بقية الدار
وكذلك دار بين رجلين ولاحدهما بئر في الدار بينه وبين اخر فباع
نصيبه من الدار والبئر فالشريك في الدار احق بشفعة الدار
والشريك في البئر احق بالبئر وهو جار لبقية الدار كذا في النهاية
قال الحلوائي في شرح الكنز والشريك في الحائط لا يشبه الطريق والشرب
لان الشريك في الطريق والشرب شريك في الحقوق وهي من التوابع
فحصلت الشركة في نفس المبيع الا ان الشريك في نفس الدار
مقدم عليه لان الاصل اقوى من التبع والبئر والحائط ليسا
من حقوق الدار فكان مجاورا والشريك في الحقوق مقدم
عليه اهـ واذا كانت الدار بين رجال ثلاثة الا موضع
بير طريق فباع الشريك في جميع الدار نصيبه احق من
الاخر الذي له في بعض الدار نصيب فان شركته اعم

ومن تكون

ومن تكون شركته اقوى فهو مقدم في الاستحقاق كذا في
المبسوط دار لها طريقها واحدة اخذت الدار بين
رجلين والاخرى لرجل خاصة فباع صاحب الخاصة داره
فللاخرين الشفعة بالطريق فان اقتسما الدار المشتركة فاصاب
احدهما بعض الدار مع كل الطريق الذي كان لها واصاب الاخر بعض
الدار بلا طريق ورفع الذي لا طريق له لنصيبه بابا الى الطريق
الاعظم وهما جميعا جاران للدار التي بيعت فالذي صار الطريق
له احق بشفعتها فان سلم هو الشفعة اخذها الاخر بالجوار
ولا تبطل شفعته بهذه القسمة كذا في المحيط صاحب الطريق
اولى بالشفعة من صاحب مسيل الماء ملكا له وصورة هذا
اذا بيع دار لرجل فيها طريق ولاخر فيها مسيل ماء فصاحب
الطريق اولى من صاحب مسيل الماء بالشفعة كذا في المحيط
دار فيها ثلاثة بيوت في اول بيت الدار البيت الثاني في جنب
هذا البيت ثم البيت الثالث بجنب الثاني كل بيت لرجل فباع
واحد منهم بيته ان كان طريق البيوت في الدار كانت الشفعة
للباقين بحكم الشركة في الطريق وان كان ابواب البيوت في
سكة غير نافذة لا في الدار فان بيع البيت الاوسط فالشفعة
لصاحب الاعلى والاسفل وان بيع الاسفل كانت الشفعة
لصاحب الاوسط لا غير ثلاثة بيوت في دار كل فوق الاخر
كل واحد لانسان فباع واحد منهم بيته فان كان طريق الكل
في الدار فللباقين ان يشتركا في الشفعة وان كان ابواب البيوت
في السكة فان باع الاوسط فللاعلى والاسفل ان يأخذ
بالشفعة وان باع الاعلى فالاوسط اولى وان باع الاسفل
فالاوسط ايضا اولى كذا في خزانة المفتين دار فيها ثلاثة ابيات
ولها ساحة والساحة بين ثلاثة نفر والبيوت بين نفر منهم

والاسفل وان بيع البيت الاعلى
كانت الشفعة لصاحب الاوسط

فباع احدهما الذي البيوت نصيبه من البيوت والساحة من شريكه
في البيوت والساحة فلا شفعة لشريكها في الساحة كذا في الذخيرة
وروي عن ابي يوسف فيمن اشترى حائطا بارضه ثم اشترى
ما بقي من الدار ثم طلب جار الحائط الشفعة فله الشفعة
في الحائط ولا شفعة له في بقية الدار كذا في محيط السرخسي
درب غير نافذ فيه دور لقوم باع رجل من ارباب تلك الدور
بيتا شارعا في السكة العظمى ولم يبع طريقه في الدرب على ان
يفتح مشتري البيت بابا الى الطريق الاعظم فلاصحاب
الدرب الشفعة لشركتهم في الطريق وقت البيع فان سلموها
ثم باع المشتري البيت بعد ذلك فلا شفعة لاهل الدرب
لانعدام شركتهم في الطريق وقت البيع الثاني فتكون
الشفعة للجار الملازق وهو صاحب الدار كذلك اذا باع
قطعة من الدار بغير طريق في الدرب كذا في الذخيرة ولو
كانت سكة غير نافذة فاتخذ اهلها في اقصاها بابا الى
الطريق العام لا تصير بذلك نافذا لاهل السكة ان يمنعوا
العامة من استطراقه كذا نقله السيد احمد درب
غير نافذ في اقصاه مسجد خطة وباب المسجد في الدرب
وظهر المسجد وجانبه الاخر الى الطريق الاعظم فهذا درب
نافذ لو بيع فيه دار لا شفعة الا للجار واراد بمسجد الخطة
الذي خطه الامام حين قسم بين الغانمين وهذا لان
المسجد اذا كان خطة وظهره الى الطريق الاعظم وليس حول
المسجد دور يحول بينه وبين الطريق الاعظم كان لاهل
الدرب الشفعة بالشركة لان هذا الدرب لا يكون نافذا ولو لم
يكن مسجد الخطة في الاقصى لكنه كان في اول السكة فان كان
من اول السكة الى موضع الجامع نافذا لا تثبت فيه الشفعة

الا للجار

الا للجار الملازق وما وراء ذلك يكون غير نافذ حتى كان لاهل
تلك السكة كلهم الشفعة ولو لم يكن المسجد خطة بان يشتري
اهل الدرب من رجل من اهله دارا في اقصى الدرب ظهرها
الى الطريق الاعظم وجعلوها مسجدا وجعلوا في الدرب
بابه ولم يجعلوا له الى الطريق الاعظم بابا او جعلوا ثم باع رجل
من اهل الدرب دارا فلاهل الدرب الشفعة بالشركة كذا في
المحيط رجل له خان فيه مسجد فرده صاحب الخان واذن
للناس بالتاذين وصلاة الجماعة فيه ففعلوا حتى صار
مسجدا ثم صاحب الخان باع كل حجره في الخان من رجل ثم
صار دربا ثم بيعت منها حجرة قال محمد رح الشفعة لجميعهم
كذا في الخانية دار فيها طريق الى الدرب ويخرج من باب اخر منها
الى الطريق الاعظم فان كان طريقا للناس فلا شفعة
لاهل الدرب لان السكة نافذة وان كان طريقا لاهل الدرب
خاصة فهم شفعاء لان السكة غير نافذة كذا في محيط السرخسي
واما الرقيقات التي ظهرها واد لا تخلو من وجهين ان كان
موضع الوادي مملوكا في الاصل واحدث الوادي فيه والسيل
الذي احدث الوادي في اصل السكة سواء ان كان في الاصل واديا
كذلك فهو بمنزلة الخط سواء هكذا حكي عن الشيخ الامام
الزاهد عبد الواحد الشيباني وكان رح يقول الرقيقات
التي على ظهرها واد بخارى اذا بيع في رقيقة منها دار
فلاهل الرقيقة كلهم شفعاء ولا يجعل ذلك كالطريق النافذ
فكانه عرف انه مملوك وكان الشيخ الامام الاجل شمس الائمة
السرخسي يجعل حكم هذه الرقيقات حكم السكك النافذة
قال ولا يجوز ان يقاس السكك التي في اقصاها الوادي بخارى
على ما تقدم ويبني امر الشفعة على انتشار الحادث وعلى انتفاء الحفظ

كذا في محيط شمس هشام عن محمد رجل اشترى بيتا من دار في
جنب داره وفتح بابه الى داره ثم باع هذا البيت وحده فجاء
جار هذا الرجل وطلب هذا البيت بالشفعة قال ان كان سد
باب البيت من تلك الدار وفتح في هذه الدار حتى عد البيت
من هذه الدار فله الشفعة فيه وفي الشفعة الحسن بن زياد
سكة غير نافذة في عطفة مستديرة نفذت هذه العطفة
من جانب اخر الى هذه السكة التي فيها العطفة فبيعت دار
في هذه العطفة فلا شفعة فيها الا من داره لزيق الدار المبيعة
ولم تنفذ هذه العطفة الى السكة التي كانت الشفعة لجميع اهل
العطفة فان سلموا الشفعة ليس لاهل السكة الشفعة فيها
كذا في المحيط دار بيعت ولها بابان في زقاقين بتطرق كانت
في الاصل دارين باب احدهما في زقاق واخر فاشتراهما
رجل واحد ورفع الحائط بينهما حتى صارت كلها دارا واحدة
فلاهل كل زقاق ان ياخذ الجانب الذي يليه وان كانت في الاصل
دارا واحدة ولها بابان فالشفعة لاهل الزقاقين في جميع
الدار بالسوية ونظير هذا الزقاق اذا كان في اسفلها زقاق
اخر في جميع الجانب الاخر فرفع الحائط بينهما حتى صارت
الكل سكة واحدة كان لاهل كل زقاق شفعة في الزقاق الذي
لهم خاصة ولا شفعة لهم في الجانب الاخر ولو كانت سكة غير
نافذة رفع الحائط من اسفلها حتى صارت نافذة
ولهم فيها شركة كذا في محيط السرخسي وفي الشفعة الاصل
دار فيها حجرة بين رجلين فباع احدهما نصيبه
من الحجرة فهذا على وجهين ان كانت الحجرة مقسومة بينهما
فالشفعة للشريك في طريق الدار لا للشريك في الحجرة وان
سلم شريك الطريق في الدار الشفعة كانت الشفعة للجار

الملازق

الملازق بالدار كذا في المحيط وان اشترى قوم ارضا فاقتسموها
دورا وتركوا منها سكة ممتدة بينهم وهي سكة ممدودة غير
نافذة فبيعت دار منها فهم جميعا شركاء في شفعتها
ومن كان دارا ... من الدار المبيعة وعلى والشفعة
هنا سواء كذلك ان كانوا ورثوا الدور عن ابائهم لا يدرون ولا
يعرفون كيف كان اصلها ... ولا ... في مبسوط
في باب الشفعة في ... وغيره واذا اشترى بيتا من دار
لاحد ... بيت ... اشترى ... بداره ... الشفعة
للذي في داره الطريق فان سلم صاحب الطريق ...
لصاحب العلو شفعة بالجوار كذا في مبسوط ... ان شفعة
بالعروض دار ورثها جماعة عن ابيهم مات بعضهم ولد ...
وترك نصيبه ميراثا بين ورثته وهم ... نصيبه
نصيبه منها فشركاؤه في ميراثه ... وهم ... الثاني
وشركاء الاب وهم اولاد الميت الاول شفعاؤهم ليس بعضهم
باولى من البعض كما في المحيط الحسن بن زياد قوم ورثوا
دارا فيها منازل فاقتسموها وصار لكل واحد منهم منزل
فرفعوا فيما بينهم الطريق فباع بعضهم ... منزله
منزله وسلم الذين لهم ... الشفعة كان ...
الشفعة اذا كان لزيق المنزل ... كان ... طريق ...
بينهم ليس بطريق ... شركة ... الطريق ...
بالشفعة وان لم يكن لزيقا ... الطريق ...
بينهم وكان لزيق منزل من ... الشفعة ... هذا
المسالة دليل ان الشفعة كما تجب ... تجب
حق المسيل ايضا كذا في الذخيرة وفي كتاب الشرب لابي عمر الطبري
دار فيها ثلاثة ابيات وكل بيت لرجل على حدة وطريق كل بيت

في هذه الدار وطريق هذه الدار في دار اخرى وطريق تلك الدار
في سكة غير نافذة بيع بيت من البيوت التي في الدار التي في الدار
الداخلة كان صاحب البيتين اولى بالشفعة من صاحب
الدار الخارجة فان سلم الشفعة فالشفعة لصاحب الدار
الخارجة فان سلم هو ايضا فالشفعة لاهل السكة ارض
بين قوم اقتسموها بينهم ورفعوا طريقا بينهم وجعلوها
نافذة ثم بنوا دورا يمنة ويسرة وجعلوا ابواب الدور
شارعة الى السكة فباع بعضهم دارا فالشفعة بينهم سواء
وان قالوا جعلناها طريقا للمسلمين فكذلك الجواب
ايضا قال الصدر الشهيد وهو المختار كذا في المحيط ولو
ان رجلا اشترى دارا في سكة غير نافذة ثم اشترى
دارا اخرى في تلك السكة كان لاهل السكة ان ياخذوا الاولى
بالشفعة لان المشتري لم يكن شفيعا وقت شراء الاول
ثم صار هو شفيعا مع اهل السكة في الدار الثانية كذا في
الظهيرية دار بين ثلاثة نفر اشترى رجل نصيبهم
واحدا بعد واحد فللجار ان ياخذ الثلث الاول وليس
له على الثلثين الباقيين سبيل ولو كانت الدار بين
اربعة نفر اشترى رجل نصيب الثلاثة واحدا بعد
واحد والرابع غائب ثم حضر فله ان ياخذ نصيب الاول
وهو في نصيب الاخرين شريكه ولو اشترى احد الاربعة
نصيب الاثنين واحدا بعد واحد ثم حضر الرابع كان
شريكا في النصيبين جميعا كذا في محيط السرخسي ثم
[illegible] دار بين ثلاثة نفر اشترى رجل منهم نصيب
احدهم ثم جاء رجل اخر اشترى نصيب اخر ثم جاء الثالث الذي
لم يبع نصيبه كان له ان ياخذ النصيبين جميعا بالشفعة كذا

قال

فان لم يحضر الثالث حتى جاء [illegible] المشتري الاول [illegible]
الثاني فطلب منه الشفعة فانه ياخذ ويقضي به له [illegible]
له النصيبان جميعا فان حضر الثالث بعد ذلك [illegible]
اخذ جميع ما اشترى الثاني [illegible] المشتري
الاول ثم ما اشتراه الثاني يقضي للثالث بالنصيبين
جميعا كذا في المحيط ثم تجب الشفعة [illegible]
[illegible] ملاصق وفي محيط السرخسي [illegible]
[illegible] باع صاحب الدار مقصورة [illegible]
وبيتا [illegible] الشفعة [illegible]
لان المبيع من جملة الدار [illegible]
المبيع فان سلم الشفعة ثم باع المشتري مقصورة [illegible]
المبيعة لم تكن الشفعة للجار [illegible]
ومنفرد بالملك [illegible]
الا انها الملاصق من جانب واحد [illegible]
من ثلاثة جوانب فهما سواء [illegible]
للمبيع ولو كان [illegible] بيع بيت من دار [illegible]
ولا قصد الدار في الشفعة [illegible] وقال الشافعي [illegible]
شفعة للجوار لقول جابر [illegible] صلى الله عليه وسلم [illegible]
بالشفعة في كل مال لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت
الطرق فلا شفعة رواه البخاري [illegible] صلى الله
عليه وسلم اذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة
رواه الترمذي وصححه وقال صلى الله عليه وسلم اذا قسمت
الدار وحدت فلا شفعة رواه ابو داود وابن ماجه ومعناه
ولان الشفعة ثبتت على خلاف القياس [illegible] كيلا تلزمه مؤونة
القسمة وهذا المعنى لا يتحقق [illegible] لانه لا اقتسام وهذا

لايجب عنده في المشترك اذا كان لايحتمل القسمة كالبير والحمام والبيت
الصغير لعدم وقوع الامن من لزوم المونة ولنا ما قدمناه من الاحاديث
تحت قول الماتن كالشريك والطريق خاص والمراد والله
تعالى اعلم بما روي انها لا تجب للجار بشفعة الشريك لانه احق
منه وحقه متاخر عن حقهم وبذلك يحصل التوفيق بين
الاحاديث ولا نسلم ان الشفعة وجبت لدفع اجرة القسمة
وكيف يكون ذلك واجرة القسمة مشروعة وكيف يجوز
الحاق الضرر بالمشتري باخذ ماله بغير رضاه لدفع حكم
مشروع وانما العلة الموجبة دفع ضرر يلحقه بسوء العشرة
على الدوام ولو كان لدفع اجرة القسمة لوجبت في المنقول
زيلعي ولو كان الجار ذميا او كان عبدا ماذونا له في التجارة او
كان مكاتبا افاد بهذا انه لا يشترط الاسلام ولا الحرية لاستحقاق
الشفعة وذلك لعموم قوله صلى الله عليه وسلم الجار احق
بسقبه ما كان رواه احمد والنسائي وابن ماجه قال في
المغرب السقب القرب والصاد لغة وهما مصدران لسقبت
الدار وصقبت والصاقب القريب اه وفي القاموس الصقب
بالتحريك القرب والبعد ضد ان صقب كفرح والجار احق بصقبه
اي بما يليه ويقرب منه وفي اساس الزمخشري صقبت داره
صقبا دنت وفي الحديث المرء احق بصقبه واصقب الله
داره ادناها قال الاعشى ٭ لعل النوى بعد التفرق تصقب ٭
واصقبت داره بمعنى صقبت وداره صقب مني ودارك
اصقب من داره واني على تفتيل وحديث قريتين
تحملا على اصقب القريتين اليه اه وقوله صلى الله عليه وسلم
ما كان معناه من كان فانها تذكر بمعنى من فيدل على ان
الشفعة للذكر والانثى والحر والعبد والصغير والكبير والمسلم

والذمي

والذمي وصغير [illegible] ما يحفظ [illegible]
ان كان باب الجار في سكة اخرى [illegible] مطرقه
ولو كان بابه في باب بيت جار ملاصق في [illegible]
غير نافذة فهو خليط ولو كان مقابلا [illegible]
مقدم على جار ملاصق [illegible] ولو كان بين [illegible]
الشريك في [illegible] في سكة غير نافذة [illegible]
نصيبه من المنزل فالشريك في [illegible] احق بالشفعة [illegible]
[illegible] فالشريك في الدار احق من غيره [illegible] فالشريك
في حائط المنزل الذي يكون بين الدارين احق [illegible]
فلاهل السكة كلهم في ذلك على السواء [illegible]
الملاصق وهو الذي يكون ظهر هذه الدار [illegible]
تلك الدار في سكة اخرى [illegible]
الشريك في البيت [illegible] الدار [illegible]
في الطريق [illegible]
حائط وليس بين الحائط [illegible]
حتى لو كان بينهما طريق نافذ فلا شفعة [illegible]
[illegible] الاسود في شرح [illegible]
موضع [illegible] الشريك الشفعة [illegible]
اذا كان لها [illegible] طلب الشفعة [illegible]
يكن له حق الاخذ [illegible]
فلا شفعة له اه [illegible]
ولو كان [illegible] شريك [illegible]
وسلمت [illegible] الشريك فلا شفعة للجار [illegible]
طلب المونة اه [illegible] طلب الشفعة [illegible]
طلب الشفعة مع [illegible]

فهو احق به وان لم يطلبه الجار حتى حضر الخليط وسلم بطلت
شفعته اه والخليط اعم من الشريك فكل شريك خليط
ولا عكس والخليط في حق المبيع شريك خاص كذا بخط الفاضل
الترمانيني ومن خطه نقلت اه وفي المستصفى شرح النافع الخليط
والشريك يستعملان في معنى واحد لا فرق بينهما من حيث اللغة
في البنا من غير من المحيط الطلب واجب على الكل يعني الشريك
والجار والخليط وان لم يتمكنوا من اخذه الا ترى ان الجار اذا لم
يطلب الشفعة لمكان الشريك ثم سلم الشريك الشفعة لم يكن
للجار شفعة اه وواضع جذع على حائط لا يصير جارا ولا
يكون الرجل بالجذع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جار
ولا يكون شريكا لان الشركة المعتبرة هي الشركة في العقار
لا في المنقول والخشبة منقولة وبوضع الجذوع على الحائط
لا يصير شريكا في الدار وكذا شريك في خشبة موضوعة
عليها اي على حائط غيره جار لكن بالشركة في الخشبة لا يكون
شريكا في الدار لكنه جار ملازق لوجود اتصال بقعة احدهما
ببقعة الاخر يستحق الشفعة على انه جار ملازق ولا يترجح
بذلك على غيره من الجيران وقد علمت بان واضع الجذع
او الشريك في الخشبة ليس لكل منهما تملك في رقبة الحائط
وانما له حق الشغل لا غير فلذا لا يكون شريكا ولو كان
واضع الخشبة على حائط شريكا في الخشبة وشريكا في نفس
الجدار ايضا فشريك يقدم على مطلق الجار مطلقا قلت
لكن قال المص تبعا للزيلعي وغيره ولو كان بعض الجيران
شريكا في الجدار بان كان الجدار مشتركا بين المتجاورين
شركة ملك لا يتقدم هذا الشريك في الجدار فقط بلا محلة
من الارض على غيره من الجيران لان الشركة في البنا المجرد

بدون الارض لا يستحق بها الشفعة اي شفعة الشريك
لا مطلقا لانه جار ملاصق ولا يختص بالشفعة وحده دون
بقية الجيران ويأتي عبارة الزيلعي وكذلك يعني هنا ...
حيث قال الزيلعي ولو كان البنا والمكان الذي عليه البنا مشتركا
بينهما كان هو اولى من غيره من الجيران ويأتي ذلك بان يبني
الشريكان في المشترك ثم يقتسما الارض غير موضع البنا فيبقى
البنا موضعه على الشركة وانما كان هو اولى لانه شريك في بعض
المبيع والشريك اولى اما في موضع البنا فظاهر لكونه شريكا
فيه واما في الباقي فكذلك عند محمد واحدى الروايتين عن ابي
يوسف لان الشريك اخص به حيث كان شريكا في البعض
فيقدم على الجار وفي رواية اخرى عنه وهو قول ابي يوسف في
غير موضع الجدار لان استحقاقه الشفعة في غير موضع
الجدار بالجوار وغيره من الجيران يساويه فيه وعلى هذا
لو كان بعض الجيران شريكا في منزل من الدار ...
فبيعت الدار كان هو احق في المنزل ... وفي البقية
وفي رواية لان كلهم جيران في حق البقية اه وقد قال الخصاف
في ادب القاضي كما نقله في الذخيرة عنه ... ونقله
عن الزيلعي وقال الكرخي واصح الروايتين ... ان
الشريك في الحائط اولى بالشفعة ... وقال محمد
رحمه الله في مسائل تدل على ان الشريك في الحائط ... قال في حائط
بين رجلين لكل منهما عليه خشبة ... ولا يعلم ان الحائط
بينهما الا بالخشب فبيعت احدى الدارين قال فان كان
للاخر البينة ان الحائط بينهما فهو احق من الجار لانه شريك
وان لم يقم بينة فالحائط ... فهو احق ... اي احق
بالجميع ... كذا في البدايع

وفي شرح الحموي ولذا تثبت الشفعة للجار المقابل في السكة الغير
النافذة الشفعة لانها اذا لم تكن نافذة كان خليطا في الحقوق
كما من بخلاف النافذة وقد دفع الشارح بهذا النقل ما يتوهم
من قوله وظهر داره لدارها انه قيد قلت وقد انتفت م
الملاصقة هنا وايضا فان ما مر فيما اذا كان بابه في سكة
اخرى وفيما نحن فيه السكة واحدة فما يظهر اسقط بعضهم
يعني ان الدار اذا بيعت ولها شفعا فاذا اجتمعوا الحق كل واحد
قبل الاستيفا والقضا ثابت في جميع الدار وبعد القضا والاستيفا
بطل حق كل واحد من الشفيعين عما قضي لصاحبه فلو
كان للدار شفيعان فاسقط احدهما حقه من الشفعة
بعد القضا اي بعدما قضي بالدار بينهما فلو اسقط احد
الشفيعين حقه من الشفعة قبله اي قبل القضا والاستيفا
فلمن بقي من الشفعا اخذ الكل اي كل المشفوع فلو كان للدار
شفعا اربعة وقد اسقط احدهم حقه من الشفعة كان للثلاثة
الباقين ان ياخذوا الدار كلها بالشفعة ويقسمونها على عدد
رؤسهم لزوال المزاحمة لان السبب لاستحقاق الكل وقد
وجد وتقرر في حق كل واحد منهم والتنقيص انما كان للمزاحمة
وقد زالت ونظيره الرهن فانه يحبس بكل الدين وبكل جزء
من اجزائه ولهذا لو اوفى البعض وكان رهنا عند رجلين
فقضى دين احدهما ليس له ان ياخذ شيئا من الرهن بخلاف
ما اذا اسقط احد الشفعا حقه من الشفعة بعد الاستيفا
والقضا فانه ليس لمن بقي من الشفعا الذين لم يسقطوا
حقهم اخذ حصة التارك لانه بالقضا قطع القاضي حق كل
واحد منهما عن الشفعا الذي كان ليس نصيب الآخر ويلحقه
قال السيد احمد ولا يصح هذا الاسقاط بعد القضا لما فيه من

أبطال

ابطال القضا وقد تقرر ملكه فيه فالمص نص على انه ليس له
تركها قال العلامة المكي فعلم به انه عدم اخذ الباقين نصيب
التارك لعدم صحة الترك لتقرر ملكه بالقضا لا لانقطاع
حقهم به مع صحة الترك منه اه وقال الشيخ الرحمتي قد علم
ان القضا جملك الشفيع المبيع فاسقاط الحق بعد ذلك يكون
بيعا ممن سقط له حقه فهل للشفعا الاخذ منه بالشفعة
لانه مشتري يراجع اه وفي هذه العبارة حزازة ولعله اراد
رحمه الله بان المسقط حقه بعد القضا هلا يعد بايعا لتلك الحصة
من المشفوع من الباقين ويمكن ان يجاب عن هذا بان
البيع انما يكون عبارة عن مبادلة مال بمال وها هنا الاسقاط
لم يكن في مقابلته مال فلا بيع واما شرا المسقط لهم من
التارك بعد القضا بالقدر الذي يستحقه حصته من الثمن
فلا مانع من ذلك والله تعالى اعلم الا انه يشكل عليه ما في
الهندية عن الذخيرة حيث قال ولو كان بعض الشفعا
اقوى من البعض فقضى القاضي بالشفعة للقوي بطل
حق الضعيف حتى انه اذا اجتمع الشريك والجار وسلم الشريك
الشفعة قبل القضا له كان للجار ان ياخذها بالشفعة ولو قضى
القاضي بالدار للشريك ثم سلم الشريك الشفعة فلا شفعة
للجار اه ونحوه في التبيين وعلل له بانه بالقضا للشريك
انقطع حقه وبطل لانه قضا عليه بذلك لتقدمه عليه
اه وقد يقال ان ما في الذخيرة فيما اذا اسقط الاعلى للادنى
وما نحن فيه انما هو في اسقاط المثل لمثله فتامل ولو كان
بعضهم اي الشفعا المتساوين في المرتبة كان كلهم خلطا
او كل منهم له الشفعة بالجوار غائبا وطلب الحاضرون الشفعة
من المشتري فالقاضي يقضي بالشفعة بين الحاضرين

في الجميع لاحتمال عدم طلبه يعني بحتملات الغايب لا يطلب
الشفعة فلا يؤخر القاضي الحكم بها للحاضر بالشك الحاصل
في طلب الغايب ولانها انما تقسم بينهم للمزاحمة ولا مزاحمة
قبل الطلب ولذا لو كان الشريك غايبا فطلب الشريك
الحاضر الشفعة من المشتري فان القاضي يقضي له بالشفعة
كلها ثم اذا حضر الشريك الغايب وطلب الشفعة من الشفيع
الحاضر الذي قضي له القاضي اولا بملك طلبها من المشتري
كما نص عليه في الخانية قضى القاضي له اي للغايب بعد
حضوره بها فلو كان الشريك القادم مثل الاول المقضي له
قضى القاضي له اي للقادم بنصفه ولو كان القادم فوقه
اي اعلى من المقضي له رتبة فبكله اي يقضي القاضي له
بكل المشفوع ولو كان دونه منعه خلاصة وفي السراج الوهاج
ولو حضر واحد من الشفعا ولا وانبت الشفعة فان القاضي
يقضي له بجميعها ثم اذا حضر شفيع اخر وانبت شفعته فان
القاضي ينظر ان كان الثاني شفيعا مثل الاول فانه يقضي
له بنصف الدار وان كان الثاني اولى كما اذا كان الاول جارا
والثاني خليطا في العين او في الحقوق فان القاضي يبطل
شفعة الاول ويقضي بجميع الدار للثاني وان كان الثاني
دون الاول فانه لا يقضي له بشي اه والقضا بالنصف
في المسائل فيما لم يزد على الشفيعين الحاضر والقادم والا فلو
كان الحاضرون ثلاثة والقادم واحد قضي للقادم بربعه
وهكذا ثلثه للمقضي له بكون كل واحد منهما شريكا في العين
او في الحقوق او بالملاصقة ولو كان المقضي له خليطا
في الحقوق والقادم خليطا في العين فيقضي للقادم
بكله لانه مقدم على المقضي له ولو كان بالعكس لم يقض

للقادم

للقادم بشي وفي محيط السرخسي دار بيعت ولها ثلاثة
شفعا احدهم حاضر وطلب الكل واخذها ثم حضر احد
الغايبين فله ان ياخذ نصف ما في يده فان صالحه على
الثلث فله ذلك فان حضر الثالث اخذ من صاحب الثلث
ثلث ما في يده فيضمه الى ما في يد الاخر فيقتسمانه نصفين
فان كان لهم شريك رابع اخذ من صاحب الثلث
نصف ما في يده فيضمانه الى ما في يد الاخر ويقسمانه اثلاثا
يكون لصاحب الثلث ثلث فلهم خمسة عشر لكل واحد خمسة
ولو كان الرابع ظفر بالحاضر الثالث لا غير وقد قسمت الدار
ثمانية عشر اخذ نصف ما في يده دار لها ثلاثة شفعا اشترى
اثنان منهم الدار على ان لاحدهما السدس والباقي للاخر ثم حضر
الثالث ولا شفعة لاحدهما في نصيب الاخر فان حضر الثالث قسمت
الدار على ثمانية عشر للمشتري السدس سهمان ولكل واحد
ثمانية واصل المسالة تخرج من تسعة فان لقي الثالث صاحب
السدس ولم يكن الاخر اخذ نصف ما في يده فان لقيا
الاخر قسمت الدار بينهم على ثمانية عشر على ما مر اهـ
وفي الكافي باع نصف داره واخذه الجار واقتسمه بقضا او
بغير قضا وحضر الشريك في الطريق ياخذ ما في يده ولا
ينقض القسمة بخلاف ما لو اشترى دارا واخذ الشفعات
واقتسما ثم حضر الثالث فان حضر الشفيع الثالث ولم يلق
الشفيعين بل لقي احدهما فانه ياخذ ربع ما في يده لا نصفه
قال المشتري لاحد الشفيعين اشتريت الدار بالف [illegible]
فصدقه المشتري وكذبه الاخر فالدار بينهما بالشفعة وان قال
المشتري الدار لك ولم يكن اشتريتها قبل او وهبتك
وقبضت وصدقه المقر وكذبه الاخر بطلت شفعته وكانت

الشفعة كلها للاخر اه‍ (اسقط الشفيع الشفعة قبل الشرا)
لم يصح الاسقاط المذكور يعني ويجوز له ان يطالب بها
بعد انعقاد البيع وانما لم يصح قبل الشرا لفقد شرطه وهو البيع
اي شرط سببه اتصال الملك لان اتصال الملك انما يكون سببا
عند وجود عقد البيع والشرط لتقدم قولها وسببها اتصال
ملك الشفيع بالمشتري وعند فقد شرطه لا يكون سببا
فكان اسقاطها قبل وجود السبب فلم يصح قال في المنح انما
يصح الاسقاط قبله لفقد شرطه وهو البيع لان السبب لا
يكون سببا الا عند وجود شرطه كما في الطلاق المعلق اه‍
(اراد الشفيع اخذ البعض وترك الباقي لم يملك ذلك
ولا تبطل به شفعته في الصحيح كما في الخانية جبرا على
المشتري لضرر يلحق المشتري بسبب تفريق الصفقة
عليه وفي المبسوط واذا كان احد الشفيعين غائبا كان
للحاضر ان ياخذ جميع الدار واذا اراد ان ياخذ النصف رضي
المشتري بذلك فله ذلك وان قال المشتري لا اعطيك
الا النصف كان له ان ياخذ الكل وفي السراج وان كان الحاضر
قال في غيبته انا اخذ النصف والثلث وهو معتقد حقه لم
يكن له الا ان ياخذ الكل ويرجع وفي المحيط واذا قضى القاضي
للحاضر بكل الدار ثم حضر آخر وقضى له بالنصف ثم جاء آخر
قضي له بثلث ما في يد كل واحد منهما حتى يصير ما في يد
لهما فاذا قال الذي قضي له بكل الدار اولا للثاني انا سلم لك
الكل فاما ان تاخذ الكل وتدع الكل فليس له ذلك
ان ياخذ النصف ويجعل بعض الشفعا نصيبه ذلك ولا للثاني
لم يصح ذلك الجعل المجعول له خاصة ويسقط حقه اي لبعض
حق الجاعل من الشفعة لانه ابطله الجعل لاعراضه عن نصيبه

من الشفعة حتى لو كان الشفعا اربعة مثلا زيد وعمرو
وبكر وخالد فجعل خالد نصيبه لزيد سقط حق خالد بالكلية
وجعل كان لم يكن شفيعا حتى لا يستحق زيد نصيبه ونصيب
خالد جميعا وحيث جعل خالد كان لم يكن يقسم المشفوع
بين الشفعا الثلاثة بين زيد وعمرو وبكر بلا وجه لهذا
الا مر ... الاولى ان يقال ... مسالة
يعني لو بيعت دار وكان لها شفيعان متساويان في الرتبة
وطلب احدهما النصف بناء على انه يستحق الا
النصف فقط بطلت شفعته وتمحضت لشريكه اذ شرط
صحتها ان يطلب الشفيع في طلب المواثبة والاشهاد بخلاف
ما تقدم فانه طلب اخذ البعض بعد طلب المواثبة والاشهاد
الكل كما بسطه الزيلعي وغيره ولذا لو كان احد الشفيعين
حاضرا والاخر غائبا فطلب الحاضر شفعته في النصف على
حساب انه يستحق في النصف بطلت شفعته لانه يستحق
الكل والقسمة للمزاحمة فاذا ترك في شيء منها وجد الاعراض
فيه فيسقط في الكل لانه لا يتجزى وكذا لو كان حاضرين فطلب
كل واحد منهما النصف بطل حقه عن طلب النصف والاخر
له ان ياخذ الكل ويترك وليس له ان ياخذ النصف لما ذكرناه
وهكذا في الخانية ايضا فقط ولو كانا حاضرين فطلب
كل واحد منهما الشفعة في النصف بطلت شفعتهما لان
كل واحد منهما لم يطلب الكل بطلت شفعته في النصف الذي
لم يطلب فاذا بطلت شفعته في النصف بطل في الكل كذا
نقله في الهندية عنها ولا يشكل عليه ما نقله الحموي عن
الظهيرية والخانية رجل اشترى دارا فجاء الشفيع وقال
سلم لي نصفها بالشفعة فابى المشتري لا تبطل شفعته

في الصحيح لان طلب تسليم النصف لا يكون تسليما للباقي
وكذا لو قال للشفيع انا شفيع هذه الدار فسلم لي نصفها
بالشفعة واسلم لك النصف الباقي هو لان قوله انا اسلم
لك النصف الباقي بعده لا يتحيز اسقاط الكل فليحفظ
فـــروع ولو قضي بالدار للحاضر ثم وجد به عيبا
فرده ثم قدم الغايب فليس له ان ياخذ بالبيع الاول نصف
الدار سوا كان الرد بالعيب بقضا او بغير قضا وسوا
كان قبل القبض او بعده ولو اراد الغايب ان ياخذ كل الدار
بالشفعة برد الحاضر بالعيب ونقض البيع الاول ينظر ان كان
الرد بغير قضا فله ذلك لان الرد بغير قضا بيع مطلق فكان
بيعا جديدا في حق الشفعة فياخذ الكل بالشفعة ثم ياخذ
بالبيع اشتراها هكذا ذكر محمد واطلق الجواب ولم يفصل
بينما اذا كان الرد بالعيب قبل القبض او بعده من مشايخنا
من قال ما ذكر من الجواب محمول على ما بعد القبض لان الرد
قبل القبض بغير قضا بيع جديد وبيع العقار قبل القبض
لا يجوز على اصله وانما يستقيم اطلاق الجواب على مذهب
ابي حنيفة وابي يوسف ومنهم من قال يستقيم على مذهب الكل
وان كان بقضا فليس له ان ياخذ لانه فسخ مطلق
ورفع العقد من الاصل كانه لم يكن والاخذ بالشفعة يختص
بالبيع ولو اطلع الحاضر على عيب قبل ان يقضى له بالشفعة
فسلم الشفعة ثم قدم الغايب فان شا اخذ الكل وان
شا ترك ولو رد الحاضر الدار بالعيب بعد ما قضي له بالشفعة
ثم حضر شفيعان اخذا ثلثي الدار بالشفعة وكذلك الاثنين
والثلاث سوا لسقوط حق الغايب بعد رده الحاضر ولو كان
الشفيع الحاضر اشترى الدار من المشتري ثم حضر الغايب

فان شا اخذ كل الدار بالبيع الاول وان شا كلها بالبيع الثاني
ولو كان المشتري الاول شفيعا للدار فاشتراها الشفيع
الحاضر منه ثم قدم الغايب فان شا اخذ نصف الدار بالبيع الاول
لان المشتري الاول لم يثبت له حق الشرا حتى يكون بالشرا
معرضا عنها واذا اعرض الشفيع الحاضر لم تثبت للغايب
الا مقدار ما كان يخصه بالمزاحمة مع الاول وهو النصف
لان السبب عند البيع الاول وجب الشفعة للكل في كل الدار
وقد بطل حق الشفيع الحاضر بالشرا لكون الشرا دليل الاعراض
بقي حق المشتري الاول والغايب في كل الدار فيقسم بينهما وياخذ
الغايب نصف الدار بالبيع الاول ان شا وان شا اخذ الكل
بالبيع الثاني لان السبب عند العقد الثاني وجب للشفيع
حق الشفعة ثم بطل حق الشفيع الحاضر عن العقد الاول
ولم يتعلق باقدامه على الشرا الثاني الا عرضه فكان للغايب
ان ياخذ كل الدار بالعقد الثاني ولو كان المشتري الاول
اجنبيا اشتراها بالف فباعها اجنبي بالفين ثم حضر الشفيع
فالشفيع بالخيار ان شا اخذ بالبيع الاول وان شا اخذ بالبيع
الثاني لوجوب سبب الاستحقاق وشرطه عند كل واحد
من البيعين فان اخذ بالبيع الاول سلم الثمن الى المشتري
والعهدة عليه وينفسخ البيع الثاني ويسترد المشتري الثاني
الثمن من الاول وان اخذ بالبيع الثاني تم البيعان جميعا والعهدة
على الثاني غير انه ان وجد المشتري الثاني والدار في يده فله
ان ياخذ بالبيع الثاني سوا كان المشتري الثاني حاضرا
او غايبا وان اراد ان ياخذ بالبيع الاول فليس له ذلك
حتى يحضر المشتري الثاني هكذا ذكر القاضي الامام الاسبيجابي
في شرح مختصر الطحاوي ولم يحك خلافا وذكر الكرخي ان هذا

قول ابي حنيفة رح ومحمد ولو كان المشتري باع نصف الدار
ولم يبع جميعها فالشفيع وان اراد ان يأخذ بالبيع اخذ جميع الدار
ويبطل البيع في النصف الثاني من المشتري وان اراد ان يأخذ
النصف بالبيع الثاني فله ذلك ولو كان المشتري لم يبع
الدار ولكنه وهبها من رجل او تصدق بها على رجل وقبضها
الموهوب له او المتصدق عليه ثم حضر الشفيع والمشتري
والموهوب له حاضر اخذها الشفيع بالبيع الثاني لا بالهبة
ولا بد من حضرة المشتري حتى لو حضر الشفيع ووجد
الموهوب له فلا خصومة معه حتى يحضر المشتري فيأخذها
بالبيع الاول والثمن للمشتري وتبطل الهبة كذا ذكره القاضي
من غير خلاف ولو وهب المشتري نصف الدار مقسوما
وسلمه الى الموهوب له ثم حضر الشفيع فان اراد ان يأخذ
النصف الباقي بنصف الثمن ليس له ذلك ولكنه يأخذ
جميع الدار بجميع الثمن او يدع وبطلت الهبة وكان الثمن كله
للمشتري لا للموهوب له كذا في البدائع وصح بيع دور
مكة فتجب الشفعة فيها وعليه الفتوى اشباه قال ابن
الشحنة لو بنى بمكة جاز ان يوجر بالشفعة ويؤخذ الشفعة
به كذا روي عن ابي يوسف وهي رواية الحسن عن ابي حنيفة
قال ولم يعرج مافي نسخة الشرح يعني من عدم وجوب
الشفعة بدار الكتاب ولا وقف عليها في المتون الذي وقفت
عليه ولا في شيء من الكتب ولعل الوجه فيها ما مر من ان ارض
مكة لا تباع ولا توهب وقد وقفت على المسألة في التجنيس
والمزيد قال شرى دارا بمكة هل يجب فيجب الشفعة فيها على قول
ابي حنيفة فيها روايتان وذكر في الجامع الصغير ان بيع الارض
لا يجوز وانما يجوز بيع البنا فلا يجب للشفيع الشفعة وروي

الحسن

الحسن عن ابي حنيفة انه يجوز للشفيع الشفعة وهو قولهما
وعليه الفتوى لانه باع المملوك اه قال ولا يخفى ان مفاد هذا
الكلام ان الشفعة فيها انما تثبت بناء على القول بان ارضها
مملوكة لان مجرد البنا فيها يوجب ثبوت حق الشفعة فيكون
حاكمه مخالفا لما هو عين من الاشبه كما توهمه عبارة الوهبانية
اه قال السيد احمد وهذا يفيد ان لا شفعة في البنا ولو لحق
القرار في المنية رجل له دار في ارض وقف لا شفعة له وفي
المزارعة والاراضي التي حازها السلطان لبيت المال ويدفعها
مزارعة الى الناس بالنصف فبيع هذه الاراضي باطل ولا
شفعة فيها وقد قدمنا العبارة مستوفاة تحت قول الماتن
وشرطها ان يكون المحل عقارا وفي الملتقطات لا شفعة في
دور مكة وبه يفتى قال ابو السعود فقد اختلف الفتوى
قلت ومفاده ان ما في الاشباه من الفتوى على وجوب
الشفعة فيها حيث صح بيعها صحة اجارتها اولى وقد
قدمنا في كتاب الاجارة حيث قال عند قول الحنفي لا
يجوز اجارة البنا وعن محمد يجوز لو مستغنيا به بجدار وسقف
وبه يفتى ومنه اجارة بناء مكة اي اجارة ارضها وقدمنا الدليل
على ذلك ثمة فليحفظ لشدة مرورة وفي المحيط لا يجوز اجارة
بناء مكة دون الارض كذا في الاصل وفي القنية يفتى برواية
جواز استيجار البنا اذا كان مستغنيا به وفي ظاهر الرواية لا يجوز
وسيحققه في كتاب الحظر والاباحة ونقل فيه عن اجارة
الوهبانية والتتارخانية قال ابو حنيفة اكره اجارة بيوت مكة
ايام الموسم وكان يفتي لهم ان ينزلوا عليهم في بيوتهم لقوله
تعالى سواء العاكف فيه والباد ورخص فيها في غير الموسم قلت
وبه ظهر الفرق والتوفيق اي الفرق بين ايام الموسم وغيرها

والتوفيق بين من عبر بكراهة الاجارة وبين من نفاها
وفي اجابة السائلين انه سئل العلامة الشيخ عبد الرحمن
المرشدي عن بيوت منى هل تدخلها شفعة لو باع احد الشركاء
نصيبه واذا قلتم بذلك هل يفترق الحال بين ان يكون المشتري
احد الشركاء او اجنبيا وهل لو اراد احد الشركاء هبة ما يخصه
من انقاض البيوت المذكورة لاحد شركائه وما يخصه مناع
تصح تلك الهبة وتمنع بقية الشركاء من المطالبة بالشفعة
ام كيف الحال فاجاب حكم بيوت منى حكم المنقول فلا شفعة
فيها ولذا لا تصح هبة ما يخص احد الشركاء من الانقاض لاحد شريكي
حصته في الجميع وهو مما يحتمل القسمة مفسد للهبة فلا يتم
الا اذا وقع الفصل والتمييز من جنسه اه وفي الاشباه
ويصح الطلب من وكيل الشراء ان لم يسلم الوكيل ما اشتراه
من العقار الى موكله لان الخصومة فيها من حقوق العقد
وهي الى العاقد اصيلا كان او وكيلا ولهذا لو كان البائع وكيلا كان
للشفيع ان يخاصمه ويأخذها منه بحضرة المشتري كما لو كان
البائع هو المالك وان سلم الوكيل ما اشتراه الى موكله لا
يصح طلب الشفيع حينئذ من الوكيل اذ لا يد للوكيل ولا ملك
له فلا يكون خصما له بعده فصار كالبائع فانه يصير
خصما ما لم يسلمها الى المشتري فاذا سلمها لم يبق له يد ولا ملك
فخرج من ان يكون خصما وهذا مثله غير انه لا يشترط للقضاء
حضور الموكل لان الوكيل نائب عنه لانه اقامه باختياره مقام
نفسه فكان حضوره كحضور الموكل ولا كذلك البائع لانه
ليس بنائب عن المشتري فلا بد من حضور المشتري
للقضاء عليه بخروجه عن ملكه والاب ووصيه كالوكيل
زيلعي وفي المنح عنه ولو اشترى لغيره بغير امره فهو

خصم

خصم ما لم يسلم المبيع لمن اشتراها له فلو قال الماتن ويصح الطلب
من المشتري لغيره ان لم يسلم المبيع لمن اشتراه له لكان اوفى
لانه يشمل الفضولي والاب والوصي وليفيد ان الوكالة ليست
بشرط في الاصل اذا قال المشتري قبل ان يخاصم في الشفعة
اشتريت هذه لفلان وسلمتها اليه ثم حضر الشفيع فلا خصومة
بينهما ولو اقر بذلك بعدما خاصمه لم يقبل منه ولو اقام البينة
نقله الحموي وهذا ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
ان الشفيع لا يأخذها من يد الوكيل لكن يقال له سلمها
الى الموكل ثم يأخذها الشفيع من الموكل وفي الظهيرية عن
المنتقى شرى دارا وقال شريتها لفلان واشهد ثم جاء الشفيع
فهو خصم له الا ان يقيم بينة انه لفلان وكله فلا يكون خصما
اه فتامل وفيها عن شرح الطحاوي الوكيل بالشراء اذا
اشترى فحضر الشفيع يأخذ من الوكيل ويكتب العهدة
عليه ولا يلتفت الى حضور الموكل وعن ابي يوسف لا يأخذ
ما لم يحضر الموكل اه وبطلت هو المختار هذا موافق لما
في الهندية حيث قال الوكيل بشراء الدار اذا اشترى وقبض
فجاء الشفيع وطلب الشفعة من الوكيل فان سلم الدار
الى الموكل صح وان كان بعد تسليم الوكيل الى الموكل لا يصح وتبطل
شفعته وهو المختار كذا في خزانة المفتين والفتاوى الكبرى
وهكذا في المتون اه وقال السيد احمد كانه اي بطلان الشفعة
لان طلب الشفعة من حقوق العقد التي يطالب بها الوكيل
وقد فات ذلك بالتسليم وقال العلامة اقول ولم يظهر لي
وجه بطلان شفعة الشفيع ولم ار من صرح بهذه الزيادة
غير المصنف في شرحه والحموي في حاشيته على الاشباه وابو
الى احد قلت قد ما عرفت والهندية الى خزانة المفتين والفتاوى

المكري قال ولعل المراد بقوله بطلت شفعته يعني شفعة الوكيل
إذا كان شفيعا بتسليمها إلى موكله كما هو مقرر في غير موضع
قلت ومال إليه السيد الحموي حيث قال وكلام المص موهم فإنه يحتمل
أن المراد به أن الوكيل إذا كان وكيلا صح طلبه قبل التسليم إلى الموكل
وإن سلم بطلت لأنه يدل على إعراضه اهـ ثم قال الفتال
لكنه خلاف المتبادر إلى الذهن فليراجع والظاهر أنها إنما بطلت
لتأخيره الطلب فتأمل اهـ قلت وعبارة الأشباه التي
قدمناها تأبى الاحتمال الذي أشار إليه الفتال والسيد الحموي ولا
شفعة في الوقف وفي التجريد ما لا يجوز بيعه من العقار
كالأوقاف لا شفعة في شيء من ذلك عند من يرى جواز البيع
في الوقف كذا في الخلاصة وقال الشيخ الرحيمي في قوله ولا شفعة
في الوقف أي لو بيع الوقف لا يؤخذ بالشفعة لعدم صحة بيعه
هذا على مذهب من جعله لازما كالصاحبين واتفاقا بعد
القضاء به وفي المسجد مطلقا ولا شفعة له نوازل وفي أدب
القاضي للخصاف في باب الشفعة وإنما تجب الشفعة بحق
الملك حتى لو بيعت دار بجنب دار الوقف فلا شفعة للوقف
ولا يأخذها المتولي وفي فتاوى الفقيه أبي الليث وكذلك
إذا كانت هذه الدار وقفا على رجل لا يكون للموقوف عليه
الشفعة بسبب هذه الدار كذا في المحيط ولو باع عقارا به
فلا شفعة لجاره أيضا كذا في السراجية وكل ذلك لعدم المالك
له قال الشيخ الرحيمي ينبغي أن يكون هذا على قولهما أيضا أما
عنده فيتوقف على ملك الواقف قبل القضاء بلزومه في غير
المسجد فينبغي أن يؤخذ بالشفعة له بطلب الواقف لأنه
مالكه أو القيم لأنه وكيله تأمل ولا شفعة بجواره أي لو بيع
عقار بجوار الوقف لا يؤخذ بجهة الوقف لما تقدم من التعليل

وكان الشارح أراد صاحب النوازل عبر بقوله ولا له ليشمل
ما في جواره ولم يخالط المتن والحقوق شرح مجمع
وخانية وعبر بلفظ الجوار للتمثيل لا للتقييد حتى وعبارة
الخانية ولا شفعة في الوقف لا للقيم ولا للموقوف عليه اهـ
خلافا للخلاصة والبزازية حيث قالا ولذا تثبت الشفعة بجوار
دار الوقف كذا نقله في المنح قال وهو مخالف لما تقدم كما
لا يخفى ولعل كلمة لا ساقطة من الكلام ليصح بعني ويصون
العبارة ولذا لا تثبت الشفعة بجوار دار الوقف لكن سمح
التي قبلها ليس فيها في هذا المحل كلمة لا والله تعالى أعلم
قال المص ويؤيده ما نقله صاحب الفتاوى المكري حيث قال
رجل له أرض وقف فاشترى رجل أرضا بجنبها ليس
لصاحب الأرض الموقوفة شفعة لأن الشفعة بالملك ولا ملك
له دار بيعت بجنب دار الوقف فلا شفعة للوقف لأن الشفعة
تجب بحق الملك والموقوفة ليست مملوكة لأحد في الحقيقة
اهـ قلت وحمل شيخنا الرملي الأول وهو ما دل عليه
كلام الخانية وغيره من عدم الشفعة بجوره على الأخذ به
أي إذا بيعت دار مملوكة بجواره وحمل الثاني وهو ما أفاده في
الخلاصة والبزازية من ثبوت الشفعة بجوار دار الوقف
على الأخذ بشفعته إذا بيع الوقف بأن كان هناك مسوغ
لبيعه شرعا كشرط الواقف الاستبدال لنفسه مدة حياته
أو شرطه للمتولي مطلقا وأجاز القاضي بيع الوقف الغير
المحكوم بلزومه على مذهب الإمام وغير ذلك من المسائل التي
لا يمتنع فيها بيع الوقف فلمن كان بجواره أخذه بالشفعة قال
في مجمع الرواية قال في شرح مختصر الكرخي ما لم وما كان من
العقار مما لا يجوز بيعه ولا يملك بالبيع على حال فلا شفعة فيه

اذا بيع مثل بيع الاوقاف والخانات المسبلة والسقايات والآبار
التي للسبيل فلا شفعة في شيء من ذلك عند من يرى تسبيله
جائزا ووقفه ومن لم يره كذلك جاز اخذه وسائر العقارات
واحد وفيه الشفعة واجمع المسلمون على ابطال بيع المساجد ام
في الفيض للعلامة الكركي حق الشفعة ينبني على صحة البيع
فحيث صح البيع وجبت الشفعة في المبيع او لجواره لمعاوضات
ما لا يملك من الوقف بحال لا شفعة فيه وما اي الذي يملك
من الوقف بحال ففيه الشفعة اذا بيع وجه الافادة ان الشفعة
في الوقف الذي جاز بيعه لما تثبت لجاره لصيرورته ملكا
لجاره تثبت فيه بان كان هناك وقف على ولديه بالمناصفة
وجعل لكل الاستبدال في نصيبه فباع احدهما نصيبه بمقتضى
ما له من الشرط ثم باع الآخر نصيبه كذلك فللمشتري الاول
الاخذ بالشفعة في الثاني افاده السيد احمد واما اذا بيع
عقار بجواره اي بجوار الموقوف او كان بعض المبيع ملكا
وبعضه وقفا وبيع الملك فلا شفعة فيه لاجل الوقف ذكره
تبعا للشفعة فيما صرح به في حاشية المنح والا فلا حاجة اليه
مع قوله وحمل شيخنا الرملي الاول على الاخير بحمله على انه قد يقال
انه تمام مفاد الفيض والله سبحانه وتعالى اعلم

باب طلب الشفعة

لما كان ثبوت
الشفعة متوقفا على الطلب شرع في بيانه وكيفيته وقسمته
وله ثلاث مراتب مواثبة وطلب تقرير واشهاد وطلب
اخذ وتملك ولفظ الهداية باب طلب الشفعة والخصومة فيها
ووجهه بان الخصومة في الشفعة شأن مخصوص وتفاصيل
زائدة على سائر الخصومات فاراد بيانها ابط وبطلبها
اي الشفعة الشفيع في مجلس علمه ببيع الدار المشفوعة

الحاصل

الحاصل له ذلك العلم من مميز وكيله او رسوله مطلقا
فاسقا كان او عدلا قال الزيلعي لانه خصم والعدالة غير معتبرة
في الخصومة اهـ قال السيد احمد وهذه العلة تظهر في البائع
او حصل له العلم باخبار عدل او خبره عدد اي رجلان
او رجل وامرأتان بالبيع قال في البدائع علمه بالبيع قد
يحصل بسماعه بنفسه وقد يحصل باخبار غيره لكن
هل يشترط فيه العدد والعدالة اختلف اصحابنا فيه
قال ابو حنيفة رح يشترط احد هذين اما العدد في المخبر
رجلان او رجل وامرأتان واما العدالة قال ابو يوسف ومحمد
لا يشترط فيه العدد ولا العدالة حتى لو اخبره واحد بالشفعة
عدلا كان المخبر او فاسقا حرا او عبدا مأذونا بالغا او صبيا ذكرا
او انثى فسكت ولم يطلب على فور الخبر على رواية الاصل
ولم يطلب في المجلس على رواية محمد بطلت شفعته عندهما
اذا ظهر كون الخبر صادقا وذكر الكرخي هذا صحح روايتين م
وان كان المخبر رجلا واحدا غير عدل ان صدقه الشفيع [illegible]
ذلك يثبت البيع بخبره وان ظهر صدق الخبر [illegible]
وعندهما يثبت البيع بخبره اذا ظهر صدقه [illegible]
وان امتد المجلس كالتخيير هو الاصح [illegible]
خلاف في امتداد هذا الطلب الى آخر المجلس في رواية الاصل
انه اذا علم الشفيع بالبيع ينبغي ان يطلب الشفعة على الفور
ساعته واذا سكت ولم يطلب بطلت شفعته وهذا هو
المشهور عن اصحابنا وروي عن [illegible] عن محمد ان الطلب
في مجلس العلم فله الشفعة والا فلا بمنزلة خيار المخيرة
وخيار القبول وعليه المتون [illegible] من الفتاوى
انه على الفور من غير تأخير ولا سكوت لان سكوته بعد العلم

يرد على رضاه بجوار الجار الحادث ومعاشرته نتبطل شفعته
ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او وسطه فقرأ الكتاب الى
بطلت شفعته اذا كان ذلك بعد علم المشتري والثمن لان
السكوت انما يكون دليل الرضى بعد العلم بهما كالبكر لا يكون سكوتها
رضى الا اذا كان بعد العلم بالزوج نراه اخبر بحضرة الشهود
يشهدهم عليه وان لم يكن بحضرته احد يطلب من غير
اشهاد لان هذا الطلب صحيح من غير اشهاد والاشهاد
لمخافة الجحود والطلب لا بد منه لئلا يسقط حقه فيما بينه
وبين الله تعالى وليمكنه الحلف اذا حلف ولئلا يكون معرضا
عنها او راضيا بجوار الدخيل ويشترط ان يكون متصلا
بعلمه عند عامة المشايخ وهو مروي عن محمد وعنه ان
له التامل الى اخر المجلس كالمخيرة لانه تملك فلا بد من التامل
كسائر التملكات بهذه الرواية اخذ الكرخي قلت وهو الاصح
كما في شرح منلا خسرو نقلا عن الايضاح لكن عبارة مجموع
الفتاوى التي اشار اليها الشارح ما لفظها واذا لم يطلب الشفيع
الشفعة في الساعة التي سمع لا يكون له حق الطلب بعد
ذلك وهذا اشارة الى ان الطلب على الفور وهو رواية الاصل
وعليه الفتوى اهـ ويبنى عليه ما ذكره الاتقاني عن
النوازل اذا سلم الشفيع على المشتري تبطل شفعته وما في
الجوهرة واشتغل بما اشتريت شفعة بطلت اهـ وفي الهندية
ولو قال الشفعة لي تبطل الشفعة ولو قال للمشتري انا شفيعك
واخذ الدار منك بالشفعة بطلت وفي التبيين ولو قال بعد
ما بلغه البيع الحمد لله ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم
او سبحان الله لا تبطل شفعته على هذه الرواية يعني به رواية
الكرخي المخالفة لمجموع الفتاوى قال لان الاول حمد على الخلاص

من جواره

من جواره والثاني تعجب منه لقصده الاضرار به والثالث
لافتتاح الكلام به ولا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا
قال عن ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون
ثمن ويرغب في مجاورة بعض دون بعض فلا يدل ذلك
قبل العلم به على الاعراض وكذا لو قال تخلصني لله تعالى هـ
وعلى المفتي به ان كل ذلك لا يكون مبطلا لشفعة ما لم يبطلها
كما علم الا لعذر كاخذه او كونه في صلاة وفي محيط السرخسي
والطلب في البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البائع
لا وقت شرائه فاما في بيع الفضولي وفيه شرط خيار
فعند ابي يوسف يعتبر الطلب وقت البيع وسيأتي نظير
بلفظ نهر طلبها كطلبت الشفعة ونحوها كانا طالبها
او اطلبها لان العبرة للمعنى وفي العرف يراد به الانشاء
الطلب في الحال لا الخبر عن امر ماض ومستقبل حتى لو سمع
ارضا تباع ارضه فقال شفعة شفعة كان ذلك طلبا
كما في الكافي وغيره وقيل يقول طلبت الشفعة واخذتها
ولا يقول طلبتها او اخذتها فان قال ذلك بطلت شفعته
لان ذلك كذب محض والجواب ما قدمناه قال السيد حمو
رحمه وحكى ابن الفضل لو قال القروي شفعة شفعة [illegible]
وافاد الشيخ الرحمتي بانه لا يختص الطلب في لسان العربي
بل يتم باي لسان كان وهو اي هذا الطلب الاول يسمى
طلب المواثبة اي طلب المبادرة ما سمي به لبيان
غاية التعجيل كان الشفيع يثب ويطلب الشفعة وفي
قال صلى الله عليه وسلم الشفعة لمن واثبها اي طلبها على وجه
السرعة والمبادرة مفاعلة من الوثوب على الاستعارة
لان من يثب هو الذي يسرع في طي الارض بمشيه كما افاده

الاتقاني وفي الخانية رجلان ورثا عن ابيهما اجمة واحد الورثة
بعينه لم يعلم بالميراث ولم يعلم بان له منها نصيبا فبيعت
اجمة اخرى بجوار هذه الاجمة فلم يطلب هو الشفعة فلما
علم ان له فيها نصيبا طلب الشفعة في الاجمة المبيعة
قالوا تبطل شفعته لان شرط تأكد الشفعة طلب المواثبة
عند العلم بالبيع واذا لم يطلب والجهل ليس بعذر لا تبقى
له الشفعة اهـ والاشهاد فيه اي في الطلب الاول المسمى
بطلب المواثبة ليس بلازم بل لمخافة الجحود اي مخافة
ان يقول له الخصم انك لم تطلب طلب المواثبة فاذا
اشهد الشفيع في طلب المواثبة دفع خصمه بالبرهان
وان لم يقم بينة على طلب المواثبة حلف المشتري بالله
انه لا يعلم ان الشفيع قد طلب طلب المواثبة كما سيأتي
وقد قدمنا الكلام في هذا قريبا اهـ وفي القهستاني يجب
الطلب وان لم يكن عنده احد لئلا تسقط الشفعة ديانة
وليتمكن من الحلف عند الحاجة كما في النهاية اهـ وظاهره
ان الشفيع يصدق بيمينه في قوله طلبت حين علمت
ولو قال علمت امس وطلبت كلف اقامة البينة
كما في الدرر ثم اذا لم يشهد في طلب المواثبة ينهض
من موضعه وقدر الشيخ ابو الحسن القدوري وعصام
الدين في مختصره والناطفي في اجناسه انه لا يصح
اخذ الصدر الشهيد ويشهد على البائع لو كان العقار
المبيع في يده لانه حينئذ خصم لتخليه منه وسلمه الى
المشتري لعدم الملك واليد وذكر شيخ الاسلام خواهر زاده
انه يصح استحسانا واحال الى الجامع الكبير وهكذا ذكر
الشيخ الامام الزاهد احمد الطواويسي ذكره في الفتاوى العتابية

ومثله

ومثله في البزازية ويشهد الشفيع على المشتري اي مشتري
العقار فان لم يكن المشتري ذا يد فلا يشترط في الاشهاد عليه
قبضه له لانه اي المشتري مالك ويشهد عند العقار الذي عقد
عليه البيع فيقول الشفيع في حال الاشهاد اشترى فلان هذه
الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها
الان فاشهدوا عليه وهو اي هذا الطلب الثاني يقال
له طلب الاشهاد ويسمى ايضا طلب تقرير وطلب استحقاق
وبعضهم سمى الاول طلب استحقاق واما صح الاشهاد على
هؤلاء الثلاثة لان المشتري والبائع خصم فيه بالملك او
باليد واما عند العقار فلتعلق الحق به وهذا الطلب
لابد منه كالاول وفي الهندية عن محيط السرخسي قال واما
طلب الاشهاد وهو ان يشهد على طلب المواثبة حتى يتأكد
الوجوب بالطلب على الفور وليس الاشهاد شرطا لصحة
الطلب لكن يتوثق حق الشفعة اذا انكر المشتري طلب الشفعة
فيقول له لم تطلب الشفعة حين علمت بل تركت الطلب
وقمت عن المجلس والشفيع يقول طلبت الشفعة فالقول
قول المشتري فلابد من الاشهاد وقت الطلب توثيقا
ثم مدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الاشهاد مع القدرة
على احد هؤلاء الثلاثة حتى لو تمكن الشفيع من الطلب
والاشهاد ولو بكتاب او رسول بعثه الى البائع او المشتري
ولم يشهد بطلت شفعته نفيا للضرر عن المشتري فان
ترك الاقرب من هؤلاء الثلاثة وذهب الى الابعد ان كان الكل
في مصر واحد لا تبطل شفعته استحسانا الا ان يكون المصر جعلت
كناحية واحدة حكما لانهم في مكان واحد وان كان الابعد
في مصر آخر او في قرية من غير هذا المصر بطلت شفعته ولو كان

الكل في مكان واحد وطلب من ابعدهم وترك الاقرب جاز
الا ان يختار الابعد ويترك الاقرب بعد ذهابه الى الاقرب
فحينئذ تبطل واذا كان الشفيع في طريق مكة فطلب طلب
المواثبة ويجب عين طلب الاشهاد عند الدار او عند صاحب
اليد بنفسه يوكل وكيلا يطلب له الشفعة ان وجد
فان لم يفعل بطلت شفعته وان لم يجد وكيلا ولا فيجا لا
تبطل شفعته حتى يجد الفيج كذا في الظهيرية والشفيع اذا
علم بالليل ولم يقدر على الخروج والاشهاد فان اشهد حين اصبح
صح كذا في الخلاصة قال ابن الفضل اذا كان وقت خروج الناس
الى حوائجهم يخرج ويطلب كذا في حاوي الفتاوى واذا كان
الشفيع غائبا يؤجل بعد العلم قدر مسيرة الطلب للاشهاد
فان حضر هو او وكيله والا بطلت شفعته فان قدم وغاب
واشهد على الطلب فهو على شفعته لانه عند ابي حنيفة
بتاخير طلب التمليك لا تبطل شفعته وعندهما تبطل
الا بعذر وههنا ترك طلب التملك بعذر فان ظهر
المشتري في بلد ليس فيه الدار لم يكن على الشفيع طلب
هناك وانما يطلب حيث الدار كذا في محيط السرخسي وفي
المحيط ولو اشترى رجل من اهل البغي دارا من رجل في عسكره
والشفيع في عسكر اهل العدل فان كان لا يقدر على ان يبعث
وكيلا ويدخل بنفسه عسكرهم فهو على شفعته ولا يضره
ترك طلب الاشهاد فان كان يقدر على ان يبعث وكيلا
او يدخل بنفسه عسكرهم فلم يطلب طلب الاشهاد بطلت
شفعته وفي محيط السرخسي الشفيع اذا كان بعسكر الخوارج
واهل البغي وخاف على نفسه لو دخل الى عسكر اهل العدل
فلم يطلب طلب الاشهاد بطلت شفعته لانه قادر بان

يترك

يترك البغي فيدخل عسكر اهل العدل اه وان لم يتمكن
الشفيع من الاشهاد اصلا لا تبطل شفعته وفي محيط
السرخسي شفيع بالجوار اذا خاف انه لو طلب الشفعة عند
القاضي فالقاضي لا يرى الشفعة بالجوار بل تبطل شفعته
لم يطلب فهو على شفعته لانه ترك بعذر اه ولو اشهد
الشفيع في طلب المواثبة عند احد هو لا يعني البائع والمشتري
او العقار كفاه ذلك الطلب والاشهاد وقام هذا الطلب
الموصوف مقام الطلبين ثم بعد هذين الطلبين يطلب
الشفيع الشفعة عند قاضي فيقول الشفيع للقاضي اشترى
فلان دار كذا وبين محلتها وحدودها وانا شفيعها بدار
كذا لي وبين حدودها ولو قال بسبب كذا كان المتعين شمل
استحقاق الشريك في نفس المبيع وحقه فان قول الصدر
كذا بشرائها عبر الدار المباعة بل بمجاورة لها ومخالطة في
الحقوق فلذا قال صاحب الملتقى وانا شفيعها بسبب كذا
اي بالخلطة في العين او في الحقوق او بالمجاورة لكن ما ذكره
المص للتمثيل لا للتحديد الا ترى انه قال دار كذا والشفعة لا تختص
بالدار بل بكل عقار رحتي وفي الهندية واذا تقدم الشفيع
وادعى الشراء وطلب الشفعة عند القاضي سال القاضي ولا
المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار من المص
ومحله وحدودها لانه ادعى حقا فيها فلا بد ان تكون معلومة
لان دعوى المجهول لا تصح فصار كما اذا ادعى ملك رقبتها
فاذا بين ذلك ساله القاضي هل قبض المشتري الدار ام لا لانه اذا لم
يقبضها لا يصح دعواه على المشتري حتى يحضر البائع فاذا بين
ذلك ساله عن سبب شفعته وحدود ما يشفع بها لان الناس
مختلفون فيه فلعله ادعاه بسبب غير صالح او يكون هو محجوبا

وجه الظاهر ان حقه تقرر بالاشهاد فلا يبطل بالتاخير
كساير الحقوق وما ذكره من الضرر يمكن دفعه برفعه اي بان
يرفع الامر للقاضي ليامره اي يامر القاضي الشفيع بالاخذ
او الترك وظاهره انه لو امتنع بعد امر القاضي له بطلت
شفعته والا لم يكن الرفع الى القاضي دافعا للضرر حتي
علي ان ملاحظة الضرر مشكلة بما اذا كان الشفيع غايبا
حيث لا يسقط حقه بالتاخير ولو كان الضرر مراعي
لسقطت اذ لا فرق في لزوم الضرر في حقه بين ان يكون
حاضرا او غايبا ولو كان التاخير بعذر من مرض او حبس
او عدم قاض يري الشفعة بالجوار في بلده لا يسقط بالاجماع
وان طالت المدة لكونه لا يتمكن من الخصومة في مصره
وقال شيخ الاسلام الفتوي اليوم علي انه اذا اخرها شهرا سقطت
الشفعة لتغير احوال الناس في قصد الاضرار بالغير
قال في شرح المجمع وفي جامع الفصولين الفتوي اليوم علي قول
محمد لتغير احوال الناس في الاضرار اه وبه ظهر ان
افتاهم بخلاف ظاهر الرواية لتغير الزمان فلا يرجح ظاهر
الرواية عليه وان كان مصححا ايضا وله نظاير كثيرة
بل افتوا بخلاف قول ايمتنا الثلاثة كما [illegible]
علي قول زفر وغيرها واما في البرهان ان تصحيح صاحب
الذخيرة والمغني وقاضيخان في جامعه الصغير من تقدير
السقوط بشهر اهم من تصحيح صاحب الهداية والكافي
عدم سقوطها بالتاخير ابدا كساير الحقوق والفرق بينها
وبين ساير الحقوق ان الشفعة حق تملك في العين لامر
موهوم وهو احتمال حصول الضرر من المشتري علي
وجه يتحقق الضرر علي المشتري واما ساير الحقوق فلان

تاخيرها

تاخيرها يمنع من عليه ولا يضره ويمكنه ان يخرج من العهدة
بدفعها الى ربها الذي في الشرح ولا يلي رجل له شفعة عند
القاضي يقدمه الى السلطان الذي تولى القضا منه فان
كانت شفعته عند السلطان فامتنع القاضي من احضاره
فهو علي شفعته لان هذا عذر كما في محيط السرخسي
واذا طلب الشفيع الشفعة عند القاضي سال القاضي
الخصم وهو المشتري بعد تمام الدعوي علي الوجه الذي
قدمناه عن مالكية الشفيع ما يشفع به اي عن الدار التي
يشفع بها الشفيع هل هي ملك الشفيع فان اقر المشتري
بها اي بملكه ما يشفع به او انكر وحلفه الشفيع علي انه
لم يعلم بكون الدار التي يشفع بها ملك الشفيع ونكل عن
الحلف علي العلم والاولى تاخيره عما بعده لان هذا النكول بعد
العجز عن اقامة البرهان قال الزيلعي فان تم دعواه واقبل القاضي
علي المدعي عليه فساله عن الدار التي هو يشفع بها هل هي ملك
للشفيع اولا وان كانت هي في يد الشفيع وهي كذا علي الملك
ظاهرا لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق فلا بد من ثبوت
ملكه بحجة للاستحقاق الشفعة فيساله عنه فان انكر ان
يكون ملكا له يقول للمدعي اقم البينة انها ملك فعلي هذا القول
او برهن الشفيع انها ملكه ينبغي تقديمه قال فان عجز عن البينة
وطلب يمينه استحلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك للذي
ذكره مما يشفع به لانه ادعى عليه حقا لو اقر به لزمه وهو في
يد غيره فيحلف علي نفي العلم عند ابي يوسف وعليه الفتوى كما
في السراجية وعند محمد علي البتات لان المدعى عليه استحقاق
الشفعة بهذا السبب فصار كما اذا ادعى عليه الملك بسبب
الشراء فان نكل او قامت للشفيع بينة او اقر المشتري بذلك ثبت

ثبت ملك الشفيع في الدار التي يشفع بها وثبت السبب وفي
الاجناس بين كيفية الشهادة فقال يشهدوا ان
هذه الدار التي بجوار الدار المبيعة ملك هذا الشفيع قبل ان يشتري
المشتري هذه الدار وهي له الى هذه الساعة لا نعلمها خرجت
عن ملكه فلو قالوا ان هذه الدار التي بجوار الدار المبيعة لهذا الجار
لا يكفي ولو شهدا ان الشفيع اشترى هذه الدار من فلان
وهي في يده او وهبها منه فذلك يكفي وعن ابي يوسف رحمه الله
لو ادعى رجل دارا وبرهن على ان هذه الدار كانت في يد
ابيه مات وهي في يده فانه يقضى له بالدار ولو بيعت
دار بجنبها فانه لا يستحق الشفعة حتى يقيم البينة على
الملك دار في يد رجل اقر انها لاخر فبيعت دار بجنبها
فطلب المقر له الشفعة فلا شفعة له حتى يقيم البينة
ان الدار داره كذا في محيط السرخسي وذكر الخصاف في
اسقاط الشفعة ان البائع اذا قسم سهما من الدار المشتراة ثم
باع منه بقية الدار فالجار لا يستحق الشفعة وكان ابو بكر
الخوارزمي يخطئ الخصاف في هذه ويفتي بوجوب الشفعة
للجار لان الشركة ما ثبتت الا باقراره كذا في الذخيرة وفي
محيط رجل اشترى دارا ولها شفيع فاقر الشفيع ان داره
التي بها الشفعة لاخر ان كان سكت عن الشفعة ولم يطلبها
بعد فلا شفعة للمقر له وان كان طلب الشفعة فللمقر له
الشفعة اه سأله اي سأل القاضي المشتري عن الشراء
هل اشترى الدار المجاورة لما يملكه الشفيع ام لا فربما يدعي
الارث والهبة ونحوهما مما لا شفعة فيه فان اقر المشتري
اي بانه اشتراها او انكر الشراء فحلفه الشفيع بالله ما
اشتراها ونكل عن اليمين على الحاصل في شفعة

الخليط

الخليط او نفس البيع او في جهته او نكل عن اليمين على السبب
في شفعة الجوار بخلاف الشافعي كما مر في كتاب الدعوى اعلم
ان في ثبوت الشفعة ان كان متفقا عليه يحلفه على الحاصل
بان يقول بالله تعالى ما استحق هذا الشفيع الشفعة على
وان كان مختلفا فيه كشفعة الجوار فيحلف على السبب
بالله ما اشتريت هذه الدار لانه ربما يحلف على الحاصل
بمذهب الشافعي وقد سبق تحريره في كتاب الدعوى وانما
يحلف على البتات لانه على فعل نفسه وعلى ما في يده اصالة
وفي مثله يحلف على البتات على ما عرف في الدعوى او برهن
الشفيع اي اقام بينة على انه قد اشتراها قضى القاضي له
اي للشفيع في هذه الصور من البرهان والاقرار والنكول
بها اي بالشفعة وكل ذلك لان الشفعة لا تجب الا بالشراء
فلا بد من ثبوته بحجة وفي التجريد وللشفيع ان يأخذ
ما دخل في البناء والكنيف وكل شيء اما الظلة ان كان مفتحها
في الدار عندهما يدخل وعند ابي حنيفة رح على التفصيل
اصلا قال يلحق هو ما يدخل والا فلا والثمر والشجر والزرع
لا يدخل الا بالشرط والقياس ان لا يدخل الثمر من غير ذكر كما
في التتارخانية هذا اي القضاء بها بعد الاقرار اذا لم ينكر المشتري
طلب الشفيع الشفعة يعني انما يكون اذا لم ينكر المشتري انه
لم يطلب الشفعة فان انكره فقال المشتري للقاضي هذا
الشفيع لا شفعة له لانه بلغه بيع الدار فسكت ولم يطلب
طلب المواثبة وطالب القاضي الشفيع بالبينة على طلب
المواثبة وعلى طلب التقرير او على طلب المواثبة المقتضي عن
طلب التقرير كما تقدم فان برهن الشفيع فانت حجته وقضي
له بها وان عجز الشفيع فالقول له اي للمشتري بيمينه على العلم

بانه لا يعلم طلب الشفيع لانه تحليف على فعل الغير وقد قدمناه
تحت السوادة التي ذكرها الشارح تحت قوله ان كانت طلب المواثبة
ابن كمال وقال السيد احمد وظاهره انه اذا انكر طلب الشفعة
وقت ان انكر المشتري فاقام عليه البرهان به او عجز عنه فطلب
يمينه فنكل ان يكون القول قوله ولا يعد منتا قضاوينر
اهـ وفي الملتقط المشتري اذا انكر طلب الشفعة عند سماع
البيع يحلف على العلم وان انكر طلبه عند لقائه حلف على البتات
وسياتي منه فيكمل كتاب القسمة وفي المحيط اذا اتفق
البايع والمشتري ان الشفيع علم بالشرا منذ ايام ثم اختلفا
بعد ذلك في الطلب فقال الشفيع طلبت منذ علمت وقال
المشتري ما طلبت فالقول قول المشتري وعلى الشفيع البينة
ولو قال الشفيع علمت الساعة وانا طالبها وقال المشتري
علمت قبل ذلك ولم تطلب فالقول قول الشفيع وحكي عن
الامام الزاهد عبد الواحد الشيباني انه قال اذا كان الشفيع علم
بالشرا وطلب طلب المواثبة ثبت حقه لكن اذا قال بعد
ذلك علمت منذ كذا وطلبت لا يصدق على الطلب ولو
قال ما علمت الا الساعة يكون كاذبا والحيلة في ذلك ان
يقول الانسان اخبرني بالشرا ثم يقول الان اخبرني ليكون
صادقا وان كان اخبر قبل ذلك وذكر محمد بن مقاتل في
نوادره اذا كان الشفيع قد طلب الشفعة من المشتري
في الوقت المتقدم ويخشى انه لو اقر بذلك يحتاج الى بينة
فقال الساعة علمت وانا اطلب الشفعة يسعه ان يقول
ذلك ويحلف على ذلك ويستثني في يمينه اهـ وفي الذخيرة
فان قال المشتري للقاضي حلفه بالله لقد طلبت هذه الشفعة
طلبا صحيحا ساعة علم بالشرا من غير تاخير حلفه القاضي

على ذلك

على ذلك فان اقام المشتري بينة ان الشفيع علم بالبيع منذ
زمان ولم يطلب الشفعة واقام الشفيع البينة انه طلب الشفعة
حين علم بالبيع فالبينة بينة الشفيع والقاضي يقضي بالشفعة
في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري اهـ
وان وصلية يعني يقضي القاضي للشفيع بالشفعة ولو لم
يحضر الشفيع الثمن في مجلس القاضي وقت الدعوى بل يجوز
له المنازعة بغير احضار الثمن واذا قضى القاضي له بالشفعة
لزمه اي الشفيع احضاره اي الثمن وهذا ظاهر رواية
الاصل وعن محمد ان القاضي لا يقضي له بالشفعة حتى يحضر
الثمن وهو رواية عن ابي حنيفة احترازا عن توى الثمن
وجه الظاهر ان الثمن قبل القضا غير واجب عليه فلا يطالب
باداته ولا احضار للتسليم قبل الوجوب فلا معنى لاحضاره
قبل القضا وان قضى القاضي له بالشفعة قبل احضار
الثمن كان للمشتري حبس الدار والاولى العقار ليستوفي
ثمنه لانهما نزلا منزلة البايع والمشتري وينفذ القضا عند
محمد ايضا لانه فصل مجتهد فيه فلو قيل للشفيع اي بعد هذا
القضا الواقع قبل احضار الثمن بالشفعة للشفيع واما قبله
لم تبطل عند محمد لعدم التاكد زيلعي وللشفعة ولو اخر دفع
الثمن بعد ما قال ادفع الثمن اليه لا تبطل بالاجماع لتاكدها
بالقضا بخلاف ما اذا اخر قبل القضا بعد الطلبين حيث
يبطل لعدم التاكد اهـ اي الثمن اي قال القاضي له بعد
القضا ادفع اليها الشفيع الثمن الى المشتري فاخر الشفيع
لم تبطل الشفعة ولو ظهيرية قال محمد اذا قال الشفيع ان لم
اجئ بالثمن الى ثلاثة ايام فانا بري من الشفعة فلم يجئ
بالثمن الى الوقت الذي وقته ذكر ابن رستم عن محمد انه تبطل

شفعته وقال عامة المشايخ لا تبطل شفعته وهو الصحيح لان
الشفعة متى ثبتت بطلب المواثبة وتقررت بالاشهاد لا
تبطل ما لم يسلم بلسانه قال في الذخيرة مما يخالف هذا ضعيف
قال في التترخانية وروي عن ابي الليث الشفيع اذا طلب
الشفعة فقال المشتري هات الدراهم وخذ شفعتك فان
امهله ان يحضرها ولم يحضر الى ثلاثة ايام بطلت شفعته كذا
عن محمد وفي البرهانية به اخذ الفقيه ابو الليث قال الصدر
الشهيد المختار انها لا تبطل قال صاحب جامع الفتاوى
الفتوى اليوم على قوله كذا نقله الحموي والخصم للشفيع
المشتري مطلقا قبل التسليم وبعده اما قبله فلوجود الملك
وبعده للملك واليد وخصمه ايضا البائع قبل التسليم
الاول وهو المشتري انما كان خصما بسبب ملكه فقط اذا
كان قبل القبض او بملكه ويده بعد القبض والثاني وهو
البائع انما كان خصما قبل التسليم بسبب يده وبعد
التسليم ليس الخصم الا المشتري فقط فتنبه قال في العناية
وغيرها وهي يد مستحقة لانها معتبرة كيد المالك ولهذا كان
له ان يحبسه حتى يستوفي الثمن ولو هلك هلك من ماله فكان
خصما كالمالك بخلاف المودع والمستعير لان يدهم ليست باصالة
فلا يكون خصما بحال ولكن لا تسمع البينة عليه اي على
البائع حتى يحضر المشتري لانه المالك ولان الشفيع مقصوده
ان يستحق الملك واليد ويقضي القاضي بهما فيشترط حضور
البائع والمشتري للقضاء عليهما بهما لان لاحدهما يدا وللآخر
ملكا فلا بد من اجتماعهما لانه القضاء على الغائب لا يجوز ولان
اخذه من يد البائع يوجب فوات المبيع قبل القبض وفواته
قبله يوجب الفسخ لكونه تعذر تمامه كما اذا هلك قبل القبض

ولا يجوز

ولا يجوز ان يفسخ عليهما الا بحضوره اي بحضور المشتري
مع البائع لانه قضاء عليهما بالفسخ وهو لا يجوز على الغائب
وذلك بخلاف ما لو سلم البائع العقار المبيع للمشتري فانه لا يلزم
حينئذ حضور البائع لزوال الملك واليد عنه اي عن العقار
المبيع ابن كمال ولان العقد قد انتهى بالتسليم فصار البائع اجنبيا
عنها قال الشيخ الرحمتي ولم يبين حكم الاخذ من المشتري
قبل التسليم هل يشترط حضور البائع او لا فليراجع الحكم فيه
وكذلك على من تكون العهدة اهـ وصورة الفسخ ان يقول
فسخت شراء المشتري ولا يقول فسخت البيع لئلا يبطل
حق الشفعة لانها مبنية على البيع فتتحول الصفقة الى
الشفيع ويصير كانه المشتري افاده صاحب الجوهرة فلم
ينفسخ اصله وانما انفسخت اضافته الى المشتري لان المبيع
قد فات بالاخذ قبل القبض وهو يوجب الفسخ فقلنا بانه
انفسخ بالاضافة الى المشتري وبقي اصل العقد لان انفساخه
يوجب سقوط الشفعة وهي انما تجب بعقد البيع فيجعل العقد
مضافا الى الشفيع قائما مقام المشتري كان البائع عامله
وخاطبه بالايجاب فيجعل العقد متحولا الى الشفيع فلم ينفسخ
اصله وانما انفسخت اضافته الى المشتري ونظيره في
المحسوسات من رمى سهما الى شخص فتعلق بغيره فاصابه
فالرمي بنفسه لم ينقض والتوجه الى الاول قد انتقض بتخلل
الثاني وتوجه اليه فكذا هنا تحولت الصفقة الى الشفيع
كان العقد وقع من الابتداء معه زيلعي وقال الكمال قوله
ويفسخ بحضوره اي البيع الذي جرى بين البائع والمشتري
ينفسخ باخذ الشفيع لانه حل عقد المشتري يتحول الى
الشفيع وذلك انه اذا اخذها من البائع فات باخذه القبض

المستحق للمشتري بالعقد فينفسخ كهلاك المبيع ولهذا لا يثبت له
الاجل ويثبت له خيار الرؤية ولو انتقل لكان على عكسه كالوكيل
مع الموكل ولا يمكن جعل يد الشفيع نائبة عن المشتري في القبض
لان حق الشفيع مقدم وهو يقبضه لنفسه من غير تسليط
من المشتري بخلاف ما لو باعها المشتري قبل القبض حيث
يكون قبض المشتري قبضا له لان الثاني يقبض بتسليطه
فلا يفوت قبض الاول وان اخذها من المشتري لا يتحقق فسخ
لانه لا يفوت بالاخذ منه القبض المستحق لان الاستحقاق
لا ينبني بدا له البايع لم يكن مالكا وقال الاسبيجابي الاصح
هو التحول لان البيع لو انفسخ لبطلت الشفعة لانها تنبني
علي وجوده واجيب بان الشفعة انما لم تبطل مع كونه
فسخا لان سبب وجوبها قد وجد وهو زوال ملك البايع
فلا تبطل بانتقاض البيع والتحقيق انه اذا قضي بالشفعة
انتقض البيع بين البايع والمشتري والمراد بهذا الانتقاض
في حق الاضافة الي المشتري وتفسيره ان قول البايع
بعت منك يتضمن شيئين احدهما ايجاب البيع وهو قوله
بعت والثاني اضافة البيع الي المشتري بقوله منك فاذا
اخذ الشفيع المبيع بحق الشفعة صار عقدهما علي المشتري
فكان تلك الاضافة الي المشتري انتقضت وتحولت
الي الشفيع فكان ذلك البيع اضيف الي الشفيع فلذلك كان
نقضا فانه المشتري ينتقض في حق الاضافة لتعذر
انفساخ البيع في نفسه لان الشفعة بنا عليه فلا بد
من وجود اصله لصحة الحكم بها فلهذا تتحول الصفقة
اليه ويصير كانه هو المشتري فتكون العهدة علي البايع
كذا حققه العلامة ابن الساعاتي في شرح المجمع وهو قول

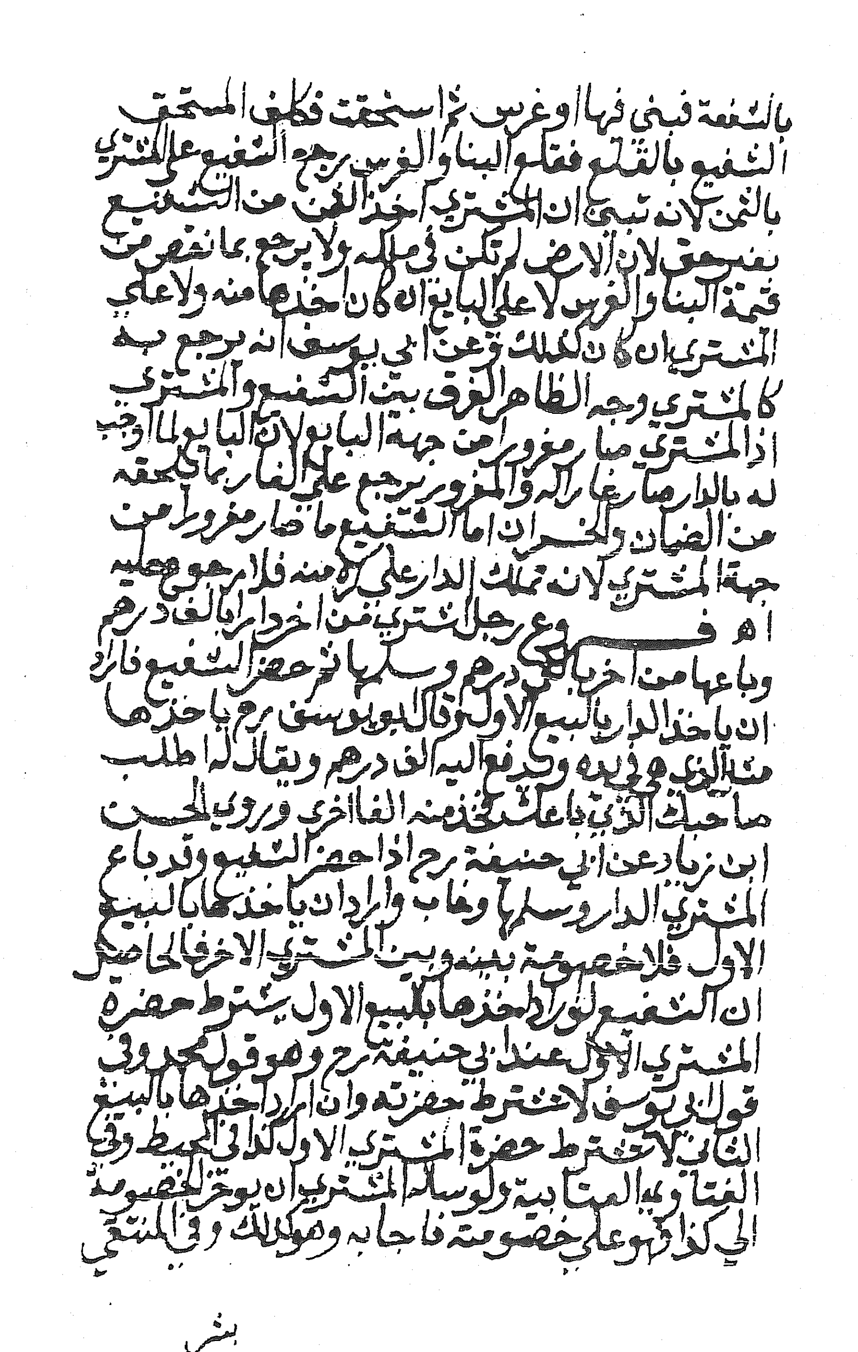
بالفسخ

بالفسخ والتحول وهو تحقيق بالغموض حقيق اهـ [illegible]
القاضي بالشفعة بعد الفسخ كما تقدم وتكون العهدة
اي عهدة الشفيع لضمان الثمن عند الاستحقاق علي البايع
اذا كانت خصومة الشفيع قبل تسليم المبيع الي المشتري
فيرجع الشفيع علي البايع بالثمن كذا كان نقده وفي المستصفي
وشرحه لهذا الشارح وتجعل العهدة اي حقوق العقد
كضمان الدرك وتسليم العقار والصك تقدم عليه او علي
البايع اهـ والعهدة علي المشتري او خاصم الشفيع بعده
اي التسليم لما مر وقال في المحيط فان اخذ الدار من المشتري
فعهدته وضمان ماله علي المشتري وان اخذها من البايع ودفع
الثمن اليه فعهدته وضمان ماله علي البايع عندنا وروي
ابن سماعة عن ابي يوسف رح ان المشتري ان كان نقد
الثمن ولم يقبض الدار فاخذ من البايع وينقد الثمن للمشتري
وعهدته علي المشتري وان كان لم ينقد الثمن دفع الشفيع
الي البايع وعهدته علي البايع فلو ان المشتري وهبه صورة
وجد بالدار عيبا فردها علي البايع او علي المشتري نقضا
فلو اراد المشتري ان ياخذها بشرائه [illegible] ان يرده
علي المشتري بحكم ذلك الشراء [illegible]
اخذها وان شاء تركها فان اخذ الشفيع الدار من المشتري
واراد ان يكتب كتابا علي المشتري يكون وثيقة للشفيع
علي المشتري له ذلك ويحكي في الكتاب شراء المشتري اولا
ثم [illegible] الاخذ بالشفعة ويأخذ الشفيع من المشتري
كتاب شرائه الذي كتب علي بايعه وان ابي المشتري ان
يدفع اليه ذلك فله ذلك ولكن ينبغي للشفيع ان يحتاط لنفسه
فيشهد شهودا علي تسليم المشتري الدار اليه بالشفعة وان كان

الشفيع اخذ الدار من البايع يكتب كتابا على البايع نحو ما يكتب
لو اخذه من المشتري ويكتب في هذا الكتاب اقرار المشتري انه
سلم جميع ما في هذا الكتاب وللجار وانه لا حق له في هذه
الدار ولا في ثمنها اه وان شا كتب الكتاب عليهما بتسليم الدار
بالشفعة اليه وقبض البايع الثمن برضاه وضمن البايع الدرك
كذا في المبسوط للشفيع يثبت بعد قضا القاضي وتسليم
المشتري خيار الروية وخيار العيب لان الاخذ بالشفعة
شراء من المشتري ان كان الاخذ بعد القبض وان كان قبله
فشرا من البايع لتحول الصفقة اليه فيثبت له الخيار كما اذا
اشتراه منهما ولا يسقط خياره برؤية المشتري لان المشتري
ليس بنايب عن الشفيع فلا تعمل رويته في حقه زيلعي
وان شرط المشتري على البايع البراة منه اي من كل عيب
بالعقار المشفوع فان اشتراط المشتري حينئذ لا نيابة عن
الشفيع يقتصر في حقه ولا يتعدى الى الشفيع دون خيار
الشرط فلا يثبت للشفيع وان كان مشروطا في العقد
للمشتري لانه انما اشترطه المشتري لنفسه لا للشفيع
ولا يصح اشتراطه للشفيع لانه ينافي ما تقدم من ان
الشفيع يطلبها بلفظ يفهم [illegible] المشترط الخيار متردد غير
طالب بكامل ودون الاجل فلو وقع الشراء بثمن موجل
الى سنة مثلا فحضر الشفيع فطلب الشفعة واراد ان ياخذها
الى ذلك الاجل فليس له ذلك الا برضا الماخوذ منه لان
المشتري انما قصد التوسعة على نفسه بالتاجيل والبايع
قد رضي من المشتري في بقا الثمن عنده موجلا حيث كان
واثقا بوفائه وعالما بيساره ولا يوجد ذلك في الشفيع
فلو ثبت له الاجل لصار الماخوذ منه ملتزما لما لم يلتزمه فيتضرر

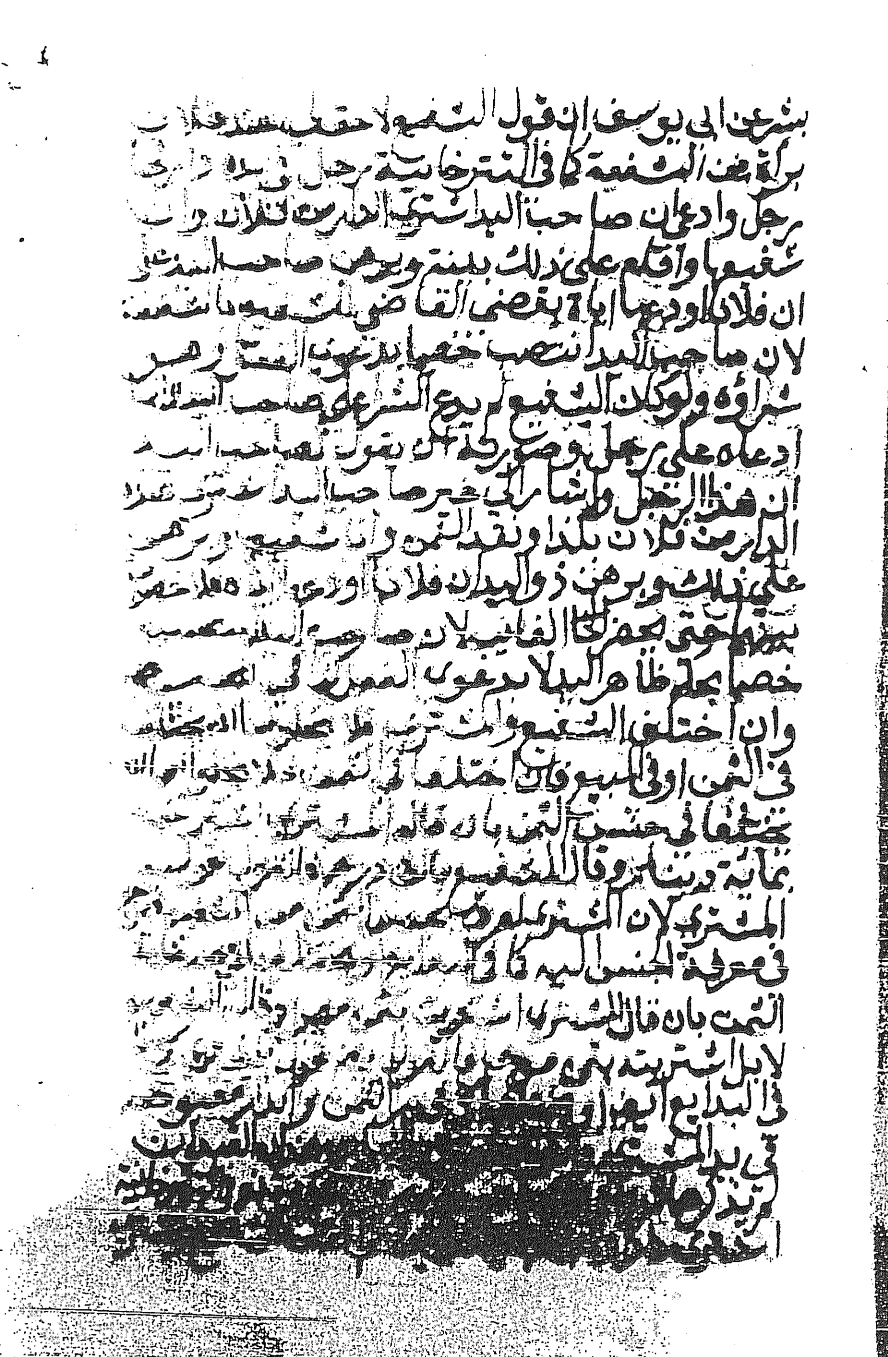
القاضي

القاضي للشفيع اذا لم يرض الماخوذ منه بان تنقد الثمن
حالا وتصبر حتى يحل الاجل فان نقد الثمن حالا [illegible]
الاخذ من البايع سقط الثمن عن المشتري وان نقد الثمن
حالا وكان الاخذ من المشتري يبقى الاجل في حق المشتري
على حاله حتى لا يكون للبايع ولاية مطالبة المشتري قبل
محل الاجل وان صبر حتى يحل الاجل فهو على شفعته هذا
اذا كان الاجل معلوما واما اذا كان مجهولا [illegible]
واشباه ذلك فقال الشفيع انا اعجل الثمن [illegible]
له ذلك كذا في المحيط والذخيرة وفي [illegible]
ولو باع الى اجل فاسد فعجل المشتري الثمن [illegible]
الشفعة ولو الارض تباع وفيها زرع [illegible]
البيع وفي المجرد وفي الفتاوى [illegible]
بالشفعة وان لم يطلب في الحال بطلت [illegible]
ولو اشترى دارا بالخيار ونقد [illegible]
الشفيع بالخيار كذا في السراجية [illegible]
عن الخيار كان للمشتري ان يرجع [illegible]
في المضمرات وفي الاشباه الشفعة [illegible]
بها احكام الشرا بينه وبين الماخوذ منه [illegible]
المشتري بالرجوع بالعهدة وخيار [illegible]
الشفيع لا يثبت له ضمان الغرور [illegible]
بناء لكونه ياخذها منه جبرا [illegible]
ثم استحقت الدار [illegible]
على من اخذها منه [illegible] السابق المشهور
من الرواية [illegible] والمشتري يرجع [illegible]
التتارخانية [illegible]



بالشفعة فبنى فيها او غرس ثم استحقت فكلف المستحق
الشفيع بالقلع فقلع البناء والغرس رجع الشفيع على المشتري
بالثمن لانه تبين ان المشتري اخذ الثمن من الشفيع
بغير حق لان الارض لم تكن في ملكه ولا يرجع بما نقص من
قيمة البناء والغرس لا على البائع ان كان اخذها منه ولا على
المشتري ان كان اخذها منه وعن ابي يوسف انه يرجع به
كالمشتري وجه الظاهر الفرق بين الشفيع والمشتري
اذ المشتري صار مغرورا من جهة البائع لان البائع لما اوجب
له بالدار صار غارا له والمغرور يرجع على الغار بما لحقه
من الضمان والخسران اما الشفيع ما صار مغرورا من
جهة المشتري لانه تملك الدار عليه كرها منه فلا رجوع عليه
اه فـــروع رجل اشترى من اخر دارا بالف درهم
وباعها من اخر بالفي درهم وسلمها ثم حضر الشفيع فاراد
ان ياخذ الدار بالبيع الاول قال ابو يوسف رح ياخذها
منه الذي هي في يده ويدفع اليه الف درهم ويقال له اطلب
صاحبك الذي باعك فخذ منه الف اخرى وروى الحسن
ابن زياد عن ابي حنيفة رح اذا حضر الشفيع وقد باع
المشتري الدار وسلمها وغاب واراد ان ياخذها بالبيع
الاول فلا خصومة بينه وبين المشتري الاخر والحاصل
ان الشفيع لو اراد اخذها بالبيع الاول يشترط حضرة
المشتري الاول عند ابي حنيفة رح وهو قول محمد وفي
قول ابي يوسف لا يشترط حضرته وان اراد اخذها بالبيع
الثاني لا يشترط حضرة المشتري الاول كذا في المحيط وفي
الفتاوى العتابية ولو سال المشتري ان يؤخر الخصومة
الى كذا فهو على خصومته فاجابه وهو كذلك وفي المنتقى

بشر



بشر عن ابي يوسف ان قول الشفيع لا حق لي [illegible]
[illegible] الشفعة كما في التترخانية رجل في يده دار [illegible]
رجل وادعى ان صاحب اليد اشترى الدار من فلان [illegible]
شفيعها واقام على ذلك بينة [illegible]
ان فلانا اودعها اياه يقضي القاضي [illegible]
لان صاحب اليد انتصب خصما بدعوى [illegible]
شراؤه ولو كان الشفيع لم يدع الشراء على صاحب اليد [illegible]
ادعاه على رجل [illegible]
ان هذا الرجل واشار الى [illegible]
الدار من فلان بكذا ونقد الثمن وانا شفيعها [illegible]
على ذلك [illegible] ذو اليد ان فلانا اودعها [illegible]
بينهما حتى يحضر الغائب لان [illegible]
خصما بحكم ظاهر اليد لا بدعوى [illegible]
وان اختلف الشفيع والمشتري [illegible]
في الثمن او في المبيع وان اختلفا [illegible]
يختلفا في جنس الثمن بان قال [illegible]
ثمانية دنانير وقال الشفيع بالف درهم [illegible]
المشتري لان المشتري [illegible]
في معرفة الجنس اليه [illegible]
الثمن بان قال المشتري اشتريت [illegible]
لا بل اشتريته [illegible]
في البدائع [illegible]
[illegible]

في الثمن فالقول للمشتري اه وقد يقال ان الثمن اذا
كان غير منقود يرجع الى البائع فيرجح بقولها كان الظاهر ما
يدعيه المشتري وكون حطا كما في المسالة الاتية صدق
المشتري في مقدار الثمن بيمينه لانه منكر وجوب تسليم
المبيع بالثمن الاقل وذلك لان الشفيع ادعى عليه استحقاق
تسليم العقار بالثمن الاقل الذي يدعيه والمشتري يقول
لا تستحقه بهذا القدر والقول للمنكر بيمينه والبينة على
المدعي ولا يتحالفان لانه لا عقد بينهما حتى يفسخ
بالتحالف ولان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار
من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشتري يدعي
على الشفيع شيئا فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون في معنى
ما ورد به النص فامتنع القياس وان برهنا يعني اقام
كل واحد منهما البينة فالشفيع بينته احق عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي البينة بينة المشتري
لانها تثبت الزيادة والبينة المثبتة للزيادة اولى كما اذا
اختلف المشتري والبائع او الوكيل بالبيع مع الموكل في
مقدار الثمن او المشتري من العدو مع المالك القديم في قدر
العبد المأسور واقامها البينة فان بينة البائع والوكيل
والمشتري من العدو اولى لما فيه من اثبات الزيادة ولهما
ان بينة الشفيع الزاما لانه يثبت ملزمة للمشتري
وبينة المشتري ليست بملزمة للشفيع لتخيره بين
الاخذ والترك ولا تنافي بين البينتين في حق الشفيع لانه
امكن ان يعمل بهما بان يثبت العقدان فيأخذ المشتري
بايهما شاء فلا يصار الى الترجيح لان الاشتغال بالترجيح عند
تعذر العمل بهما وهو نظير ما لو اختلف المولى مع عبده فقال

المولى

المولى قلت لك اذا اديت الي الفين فانت حر وقال العبد قلت
اذا اديت الي الفا فانت حر وبرهنا فبينة العبد اولى ملا انها
ملزمة او لانه لا تنافي فيثبت التعليقان ويعتق باداء
اي المالين شاء بخلاف المسائل المستشهد بها اما البائع
والمشتري فلان كل واحدة من البينتين ملزمة حتى يجبر
كل واحد منهما ولا يمكن الجمع بينهما حتى يأخذ بايهما شاء لان
العقد الثاني يكون فسخا للاول في حقهما فلا يأخذ المشتري
الا بالثاني فان تعذر الجمع صرنا الى الترجيح بالزيادة فيما
نحن فيه لا يتعذر الجمع لانه لا ينفسخ الاول بالعقد الثاني
في حق الشفيع فيأخذ بأي العقدين شاء ولهذا لو باعه
المشتري من غيره كان له ان يأخذه بالبيع الثاني ان شاء
وان شاء بالاول واما الوكيل والموكل فقد روي عن سماعة عن
محمد ان البينة بينة الموكل فلا يرد والفرق على الظاهر ان الوكيل
مع الموكل كالبائع مع المشتري لوقوع المبادلة الحكمية بينهما
ولهذا يجري التحالف بينهما فكانت بينة كل واحد منهما ملزمة
ولا يمكن العمل بهما فصرنا الى الترجيح بالزيادة ولا كذلك الشفيع
مع المشتري ولهذا لا يجري التحالف بينهما على ما بينا واما المالك
القديم مع المشتري من العدو فقد ذكر في السير الكبير ان البينة
بينة المالك القديم والمعنى فيه ان البينة ملزمة وبينة
المشتري من العدو غير ملزمة لتخير المالك القديم بين الاخذ
والترك فصار كالشفيع ولئن سلمنا فهي العمل بالبينتين
غير ممكن في حق المالك القديم لان البيع الاول ينفسخ بالثاني
فوجد التعارض فصرنا الى الترجيح بالزيادة وفي حق
الشفيع لا ينفسخ فلم يوجد التعارض ولو ادعى
المشتري ثمنا وادعى بائعه اقل منه بلا قبضه اي ولم يقبض

الثمن سوا قبض المشتري العقار او لا فيسال في فالقول له
اي للبايع بلا يمين فيستان لان الامرين كان كما قال البايع
فالشفيع ياخذه به وان كان كما قاله المشتري يكون حطا عن
المشتري بيعوا والاقل وحط البعض يظهر في حق الشفيع
فيا خذه به ولان تملك المشتري بايجاب البايع فكان القول
قوله في مقدار الثمن ما دامت مطالبته باقية فياخذ الشفيع
بقوله ومع قبضه يعني قبض المشتري العقار وقبض البايع
الثمن وادعى البايع اقل مما ادعاه المشتري فيكون القول
للمشتري اي فياخذه الشفيع بما قال المشتري اذا اثبت ذلك
بالبينة او بيمينه لان البايع باستيفا الثمن خرج من البين
والتحق بالاجانب لانتها حكم العقد به فلا يلتفت الى قوله
فبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري على حاله وقد بينا
ان القول فيه للمشتري ولو كان قبض الثمن غير ظاهر فقال
البايع بعت الدار بالف وقبضت الثمن ياخذها الشفيع
بالف لانه لما بدا بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به لان
اقراره بمقدار الثمن صحيح قبل قبض الثمن وبعده لا يصح
على ما بينا والثمن غير مقبوض ظاهرا لان الاصل عدم
القبض فيبقى حتى يوجد ما يبطله ويقول بعد ذلك
قبضت الثمن يريد ابطال حق الشفيع لانه اذا قبض الثمن
يخرج من البين فيكون اجنبيا فلا يقبل اقراره بمقدار
الثمن على ما بينا فلا يقبل قوله قبضت في حق الشفيع
لانه يريد بذلك ان يجعل نفسه اجنبيا حتى لا يقبل
اقراره بمقداره فيرد عليه فياخذها المشتري بالف
ولو بدا بقبض الثمن قبل بيان القدر بان قال بعت
الدار وقبضت الثمن وهو الف درهم لم يلتفت الى قوله

في مقدار

في مقدار الثمن لانه لما اقر بقبض الثمن اولا خرج به من البين
فصار اجنبيا فلا يعتبر قوله في مقدار الثمن على ما بينا
وقال في النهاية نظيره ما اذا قال الوصي استوفيت جميع
ذلك فالوصي صاحب الالف ولا شي له على الغريم ولو
قال استوفيت منه الف درهم وهو جميع ما للميت عليه
فقال فلان كان على الف درهم وقد استوفيت الكل فللوصي
ان يرجع عليه بالف اخرى لانه لما بين قبض جميع ما
للميت صار اجنبيا فلا يقبل بيانه في قدره بعده وما لم يبين
انه قبض الجميع لا يكون اجنبيا فيقبل قوله في بيان قدره
فيكون القول لخصمه لانكاره في الاولى دون الثانية زيلعي
ولو عكسا بان ادعى البايع الاكثر مما ادعاه المشتري فبعد
قبضه اي العقار وقبض البايع الثمن فالقول للمشتري
فياخذها الشفيع بما قال المشتري ان شا ولا يلتفت الى
قول البايع وان ادعى البايع الاكثر قبله اي قبل قبض المشتري
العقار تحالفا وترادا واي منهما نكل عن اليمين اعتبر
قول صاحبه لانه ظهر ان الثمن ما يقوله الاخر فياخذها
الشفيع بذلك لان الناكل كالمقر بما يدعيه خصمه
وان حلفا فسخ القاضي عقد البيع بينهما على ما عرف
في كتاب الدعوى وياخذها الشفيع بما قال البايع لان
فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع لان حقه ثبت
بالبيع فلا يتعدى الى ابطاله بالفسخ الا ترى ان الدار اذا ردت
على البايع بعيب لا يبطل حقه وان كان الرد نقضا زيلعي
ملتقى ولو اشترى دارا بعرض ولم يتقابضا حتى هلك
واستحق العرض فيما بين البايع والمشتري وبقي ذلك للشفيع حق
الشفعة بقيمة العرض ثم اختلف البايع والمشتري في قيمة

العرض فالقول قول البايع مع يمينه فان اقام احدهما بينة
قبلت بينته وان برهنا فبينة البايع عند ابي يوسف ومحمد
وهو قول ابي حنيفة رح ولو هدم المشتري بنا الدار حتى
سقط عن الشفيع قدر قيمته عن الثمن ثم اختلفا في
قيمة البنا واتفقا على ان قيمة الساحة الف او اختلفا في
قيمة البنا والساحة جميعا فان اختلفا في قيمة البنا
لا غير فالقول قول المشتري مع يمينه وان اختلفا في قيمة
الساحة فان الساحة تقوم الساعة فالقول في البنا
قول المشتري فان برهن احدهما قبلت بينته وان برهنا
قال ابو يوسف البينة بينة الشفيع على قياس قول
ابي حنيفة وان اختلفا في البيع الاول وكيفما وقع عليه البيع
انه وقع عليه بصفقة واحدة او بصفقتين نحو ما اذا
اشترى دارا فقال المشتري اشتريت العرصة على حدة بالف
وقال الشفيع بل اشتريتهما جميعا بالفين فالقول قول الشفيع
وايهما اقام البينة قبلت وان برهنا ولم يوقتا فالبينة بينة
المشتري عند ابي يوسف وعند محمد البينة بينة الشفيع
كذا في البدايع وفي المنتقى ابن سماعة عن محمد رح رجل اشترى
من رجل دارا ولها شفيعان فاتاه احدهما بخمسماية
فالشفيع الثاني ويا خذ من الشفيع الاول نصفها ويدفع
اليه مايتي درهم وخمسين ويرجع الشفيع الاول على المشتري
بمايتي درهم وخمسين ويبقى بيد الشفيع الاول نصف الدار بخمسماية
وفيه ايضا رجل اشترى من رجل دارا واخذها الشفيع وطلب
الشفعة فقال المشتري اشتريتها بالفين وقال الشفيع لا
بل اشتريتها بالف ولم يكن للشفيع بينة وحلف المشتري
على ما ذكر واخذ الشفيع بالفي درهم ثم قدم شفيع اخر وبرهن

على الشفيع الاول ان البايع كان باع هذه الدار من فلان
بالف فانه ياخذ نصف الدار بخمسماية ويرجع الشفيع الاول
على المشتري بخمسماية حصة النصف الذي اخذه الثاني
ويقال للشفيع الاول ان شئت اعد البينة على المشتري من
من قبل النصف الذي في يدك والا فلا شئ لك ومعنى المسألة
ان الشفيع الاول لو قال للمشتري ان الشفيع الثاني اثبت
بالبينة ان الشرا كان بالف فيكون بمقابلة النصف الذي
في يدي خمسماية فلي ان ارجع عليك بخمسماية فليس له
ذلك الا اذا اعاد البينة ان الشرا كان بالف كما اشار اليه في
الكتاب ان الشفيع الثاني انما استحق ببينته نصف الدار
ومعناه ان بينة الشفيع الثاني انما عملت في نصف الدار فثبت
الشرا بالف وحق ذلك النصف الذي استحقه الشفيع
الثاني لا في حق النصف الذي في يد الشفيع الاول فيحتاج
الشفيع الاول الى اعادة البينة لتثبت الشرا بالف في النصف
الذي في يده فيستحق الرجوع على المشتري بالخمسماية الزايدة
كذا في المحيط وفي الفتاوى العتابية ولو اشترى دارا فجا
الشفيع واخذها بالف درهم من المشتري بقوله ثم وجد
بينة ان المشتري اشتراها بخمسماية قبلت بينته ولو
صدق المشتري الاول والا فبينته على خلاف ذلك لا تقبل
كذا في التترخانية اتفق البايع والمشتري ان البيع كان
بشرط الخيار للبايع فانكر الشفيع فالقول قولهما في قول
ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف
ولا شفعة للشفيع لان البيع ثبت باقرارهما وانما يثبت على
الوجه الذي اقرا به وفي الجامع اذا ادعى البايع الخيار وانكر المشتري
والشفيع ذلك فالقول قول المشتري استحسانا لان الخيار

لا يثبت الا بالشرط والبايع يدعي احداث الشرط والمشتري
ينكر وكذا لو ادعى المشتري الخيار وانكر البايع والشفيع ذلك
فالقول قول الشفيع والبايع ويأخذها الشفيع كذا في المحيط
رجلان تبايعا فطلب الشفيع الشفعة بحضرتهما فقال
البايع كان البيع بيننا بيع معاملة وصدقه المشتري على
ذلك لا يصدقان على الشفيع بل القول لمن ادعى
جوازه الا اذا كان الحال يدل عليه بان كان المبيع كثير
القيمة وقد بيع بثمن قليل لا يباع له مثله فحينئذ يكون
القول قولهما ولا شفعة للشفيع كذا في خزانة المفتين
وفي المنتقى باع دارا من رجل ثم ان المشتري والبايع تصادقا
ان البيع فاسد وقال الشفيع كان جائزا فالقول قول
الشفيع ولا اصدقهما على فساد البيع في حق الشفيع
بشيء لو ادعاه احدهما وانكر الاخر جعل القول فيه
قول الذي يدعي الصحة واذا زعما ان البيع كان فاسدا
بشيء جعل القول فيه قول من يدعي الفساد فاني اصدقهما
ولا اجعل للشفيع شفعة يريد بهذا ان البايع مع المشتري
اذا اتفقا على فساد البيع بسبب لو اختلف البايع والمشتري
فيما بينهما في فساد العقد بذلك السبب فالقول قول
من يدعي الجواز نحو ان يدعي احدهما اجلا فاسدا وخيارا
فاسدا فاذا اتفقا على الفساد بذلك السبب لا يصدقان
في حق الشفيع وبعد ذلك في المنتقى فقال لو ان المشتري
للبايع بعتنيه بالف درهم ورطل من خمر فقال البايع
صدقت لم اصدقهما على الشفيع ولو قال بعتنيه بالخمر
وصدقه البايع فلا شفعة للشفيع هذا هو لفظ المنتقى
وجعل القدوري في كتابه المذكور في المنتقى قول ابي يوسف

رحمه الله

رحمه الله في احد روايتين عنه قال القدوري لان ابا يوسف
رجع على هذه الرواية يعتبر هذا الاختلاف باختلاف
المتعاقدين ولو اختلف المتعاقدان فيما بينهما فقال
المشتري بعتنيها بالف درهم ورطل من خمر وقال البايع
لا بعتها بالف درهم فالقول قول البايع فلو قال المشتري
بعتنيها بخمر او خنزير وقال البايع بعتها بالف درهم
فالقول قول المشتري لان البيع بخمر لا يجوز بحال
وانما جعل القول قول من يدعي الجواز في عقد يجوز بخلاف
البيع باجل فاسد او بالف ورطل من خمر فاما على قول
ابي حنيفة ومحمد اذا اتفقا على الفساد وكذبهما الشفيع
فلا شفعة للشفيع على كل حال ولو اتفقا على البيع
بشرط الخيار للبايع وكذبهما فيه الشفيع كذا في الذخيرة
اشترى عشر الضيعة بثمن كثير ثم اشترى بقيتها بثمن قليل
فله الشفعة في العشر دون الباقي فلو اراد ان يحلفه
بالله ما اردت بذلك ابطال شفعتي لم يكن له ذلك
لانه لو اقر به لا يلزمه ولو استحلفه بالله ما كان البيع
الاول تلجئة فله ذلك لانه لو اقر به يلزمه وهو خصم
وهو تاويل ما ذكر في الكتاب انه اذا اراد الاستحلاف انه
لم يرد به ابطال الشفعة له ذلك اي اذا ادعى ان البيع الاول
كان تلجئة كذا في التتمة وفي الاجناس ولو قال المشتري
اشتريت هذه الدار لابني الصغير وانكر شفعة الشفيع
فلا يمين على المشتري ان كان الشفيع اقر ان له ابنا صغيرا
وان انكر الشفيع ان له ابنا صغيرا وانكر الشفيع ان له ابنا
يحلف الشفيع بالله ما تعلم ان له ابنا صغيرا فان كان الابن
وقد سلم الدار اليه رفع الخصومة عن نفسه وقبل تسليم الدار

هو خصم للشفيع كذا في الذخيرة ولو اشترى من امراة فاراد
ان يشهد عليها فلم يجد من يعرفها الا ابني ام الشفيع فان
شهادتهم لا تجوز عليها وان انكرت ذلك كذا في المحيط واذا شهد
ابنا البايع على الشفيع بتسليم الشفعة والدار في يد البايع
ان كان البايع يدعي تسليم الشفعة لا تقبل شهادتهما فان
كان يجحد قبلت لانهما بهذه الشهادة لا يجران الى ابيهما شيئا
ولا يدفعان عنه مغرما واذا شهد ابنا البايع على الشفيع
بتسليم الشفعة لا تقبل شهادتهما وان كان الدار في يد
المشتري لانهما كانا خصمين في هذه الدار قبل التسليم الى
المشتري ومن كان خصما في شيء لا تقبل شهادته فيه
وان لم يبق خصما اما ابناه وما كانا خصمين في هذه الدار
هذا اذا شهد ابنا البايع على الشفيع بتسليم الشفعة
فاما اذا شهدا على المشتري بتسليم الدار الى الشفيع
فانه لا تقبل شهادتهما سواء كانت الدار في يد الاب او في يد
المشتري وسواء ادعى الاب ذلك او لم يدع كذا في المحيط ولو
كانت الدار لثلاثة نفر فشهد اثنان منهم انهم جميعا باعوا
من فلان وادعى ذلك فلان وجحد الشريك لم تجز شهادتهما
على الشريك وللشفيع ان ياخذ ثلثي الغيبة بالشفعة
وان انكر المشتري الشراء واقر به الشركاء جميعا فشهادتهم ايضا
باطلة وللشفيع ان ياخذ الدار كلها بالشفعة كذا في المبسوط
ولو وكل رجل رجلا بشراء دار او بيعها فاشترى او باع وشهد
ابنا الموكل على الشفيع بتسليم الشفعة فان كان التوكيل
بالشراء لا تقبل شهادتهما سواء كانت الدار في يد البايع او في
يد الوكيل وان كان التوكيل بالبيع فان كانت الدار في يد
الموكل لا تقبل شهادتهما لانهما يشهدان بتقرر الملك لابيهما

فان كا

وان كانت الدار في يد المشتري تقبل شهادتهما كذا في المحيط وان
اشهد ابنا البايع على المشتري ان الشفيع قد طلب الشفعة
حين علم بالشراء والشفيع مع ابنه منذ ايام وقال المشتري
ما طلبت الشفعة فشهادة البايعين باطلة وكذلك
شهادة اولادهما كالو شهد على المشتري بتسليم الدار
الى الشفيع وان قال الشفيع لم اعلم بالشراء الا الساعة
فالقول قوله مع يمينه فان شهد ابنا البايع انه علم
منذ ايام فشهادتهما باطلة ان كانت الدار في يديهما او في
يد المشتري كذا في المبسوط فان قامت بينة ان الشفيع سلم
الشفعة وقامت بينة ان البايع والمشتري سلم الدار
قضي بها للذي في يده كذا في محيط السرخسي واذا وكل
رجلان بالدرك للمشتري ثم شهد عليه بتسليم الدار الى
الشفيع بالشفعة فشهادتهما باطلة وكذلك ان شهد وان
الشفيع سلم الشفعة فهما بمنزلة البايعين في ذلك لا تقبل
شهادتهما كذا في المبسوط اذا قال المشتري انه اشترى
هذه الدار بالف درهم واخذها الشفيع بذلك ثم ادعى البايع
ان الثمن الفان واقام على ذلك بينة قبلت بينته وكان
للمشتري ان يرجع على الشفيع بالف اخرى وان اقر انه
الف وكذلك اذا ادعى البايع انه باعها من هذا المشتري
بعرض بعينه واقام على ذلك بينة فالقاضي يسمع
بينته ويقضي له بذلك على المشتري ويسلم الدار للشفيع
بقيمة ذلك العرض فان كان ما اخذ المشتري وذلك الالف
اقل من قيمة العرض رجع الشفيع بما زاد على الالف الى تمام
قيمة العرض وان كان اكثر من قيمة العرض رجع الشفيع
بما زاد على قيمة العرض الى تمام الالف ولو تزوج امراة على دار على

ان يرد على زوج الغاصبة وجبت الشفعة في حصة الالف عند
ابي يوسف ومحمد فان اختلفا في مهر مثلها وقت العقد فقال
الزوج كان مهر مثلها الفا وللشفيع نصف الدار وقال الشفيع
كان مهر مثلها خمسمائة ولي ثلثا الدار فالقول قول الزوج
مع يمينه فان برهنا فبينة المشتري عندهما كما لو اختلفا
في مقدار قيمة البناء الهالك واذا ادعى رجل حقا في ارض او دار
تتصل بدار فللشفيع فيها الشفعة بقيمة ذلك الحق
الذي ادعى فان اختلفا في قيمة ذلك الحق فالقول قول
المدعي وهو المأخوذ منه الدار وان اقاما البينة على قيمته
ذكر ها هنا ان البينة بينة الشفيع عند ابي حنيفة
هكذا واذا اشترى رجل دارا او ارضا ثم اختلف الشفيع
والمشتري فقال المشتري احدثت فيها هذا البناء وكذبه
الشفيع فالقول قول المشتري اذا كان محتملا حتى اذا قال
احدثت فيها هذه الاشجار امس لم يصدق على ذلك وكذلك
فيما اشبهه من البناء وغيره وان قال اشتريتها منذ عشر
سنين واحدثت فيها هذا فالقول قوله كذا في المبسوط
ولو قال المشتري باعني الارض ثم وهب لي البناء او قال وهب
لي البناء ثم باعني الارض فقال الشفيع بل اشتريتهما جميعا
فالقول للمشتري فيأخذ الشفيع بلا بناء ان شاء كذا في محيط
السرخسي وان قال البائع ثم وهب البناء فالقول قوله
مع يمينه ويأخذ بناءه وان قال قد وهبته لك كانت الهبة
جائزة كذا في المبسوط ولو قال المشتري وهبت لي هذا
البيت مع طريقه من هذه الدار ثم اشتريت بقيتها وقال
الشفيع لا بل اشتريت الكل فللشفيع الشفعة فيما اقر انه
اشتراه ولا شفعة فيما ادعى من الهبة وايهما اقام البينة

قبلت

قبلت بينته وان برهنا فبينة المشتري عند ابي يوسف
لانها تثبت زيادة الهبة ولا يستويان تكون البينة بينة الشفيع
عند محمد لانها تثبت زيادة الهبة ولا يستويان تكون البينة
بينة الشفيع لانها تثبت زيادة الاستحقاق كذا في الهداية
واذا قامت بينة البيت للمشتري وادعى المشتري ان الهبة
كانت قبل الشراء فلا شفعة للجار لانه شريك في الحقوق وقت
شراء الباقي والجار يقول لا بل كان الشراء قبل الهبة ولي الشفعة
فيما اشتريت فالقول قول الشفيع واذا قامت البينة
على الهبة قبل الشراء فان صاحبها اولى بالشفعة من الجار
كذا في المحيط فان جحد البائع هبة البيت كان القول قوله
مع يمينه وان صدق البائع المشتري فيما قال كان البيت
للموهوب له ولا يصدقان على ابطال الشفعة في الدار لان
تقوم البينة على الهبة قبل شراء الدار فيصير المشتري شريكا
في الدار فيتقدم على الجار كذا في الخانية ولو اشترى دارين
ولهما شفيع ملاصق فقال المشتري اشتريت واحدة بعد
واحدة فانا شريكك في الثانية وقال الشفيع لا بل اشتريتهما
صفقة واحدة فلا شفعة فيهما جميعا فالقول قول المشتري
لان المشتري اقر بشرائهما وذلك سبب لثبوت الحق ثم يدعي
حقا لنفسه بدعوى تفريق الصفقة فلا يقبل قوله
الا ببينة وكذلك لو قال اشتريت نصفها ثم نصفها وقال
الشفيع اشتريت الكل صفقة واحدة فالقول للشفيع
ولو قال لا بل اشتريت ثلاثة ارباع ثم ربعا فالقول للشفيع
لان المشتري اقر بشراء ثلاثة الارباع وهو سبب لثبوت حق
الشفعة ثم ادعى ما يسقطه وهو تقدم الربع في الشراء فلا
يصدق ولو قال المشتري اشتريت صفقتين واحدة وقال الشفيع

اشتريت نصفها فان اخذ النصف فالقول للمشتري ويأخذ
الشفيع الكل ودع كذا في محيط السرخسي رجل اقام البينة انه
اشترى هذه الدار من فلان بالف درهم واقام آخر البينة انه
اشترى منه هذا البيت بطريقه بمائة درهم منذ شهر
قضيت بالبيت لصاحب الشهر ثم له الشفعة فيما بقي من الدار
ولو لم يوقت شهود صاحب البيت قضيت بالبيت بينهما نصفان
وقضيت ببقية الدار لمدعيها الذي اقام البينة على انه اشتراها
كلها ولا شفعة لواحد منهما على صاحبه لانه لم يثبت شراء
احدهما ولو كان الداران متلازقين فاقام رجل البينة انه
اشترى احداهما منذ شهر بالف درهم واقام آخر البينة انه
اشترى الاخرى منذ شهرين قضيت له بشراء هذه الدار منذ
شهرين كما وقت شهوده وجعلت له الشفعة في الدار الاخرى
ولو لم يوقت قضيت لكل واحد منهما بداره ولم اقض بالشفعة
له وكذلك لو كان احدهما قبض الدار ولم يقبض الاخر
ولو وقت احدهما ولم يوقت الاخر قضيت لصاحب
الوقت بالشفعة كذا في المبسوط رجل اشترى دارا فادعى
الشفيع ان المشتري هدم طائفة من الدار وكذبه المشتري
فالقول قول المشتري والبينة بينة الشفيع كما في الخانية
وحط البائع عن المشتري البعض اي بعض ثمن الدار المشفوعة
وقيدنا بالبائع لان حط الوكيل بالبيع لا يلتحق كما في الخانية
وعبارتها الوكيل بالبيع اذا باع الدار بالف ثم ان الوكيل حط عن
المشتري مائة من الثمن صح حطه ويضمن قدر المحطوط للآمر
ويبرأ المشتري عن المائة ويأخذ الشفيع الدار بجميع الثمن
لان حط الوكيل لا يلتحق باصل العقد اه وقال الحموي
ومنه يعلم ان المراد حط الوكيل بعض الثمن لانه هو الذي يفترق

فيه

فيه الحال اما لو لم يظهر في حق الشفيع فيأخذ الشفيع بالشفعة
بالباقي من الثمن بعد الحط لان الحط يلتحق باصل العقد
وصار الباقي هو الثمن كانه لم يسم غير ذلك ولا فرق في ذلك
بين ان يكون الحط قبل اخذه بالشفعة او بعده لوجود الالتحاق
في الصورتين فيرجع الشفيع على المشتري ان كان اوفاه الثمن
زيلعي وكذا هبة البائع البعض اي من ثمن العقار المتراضى
عليه في العقد من المشتري فانها تظهر في حق الشفيع
اذا كانت قبل قبض الثمن لانها حط البعض وهو يلتحق
باصل العقد ولذا ابراؤه عن بعض الثمن كما في السراج
الا اذا كانت هبة البعض بعد القبض اشباه قال الحموي
وفي الخانية اشترى ارضا بمائة وقبض البائع وحضر الشفيع
وطلب الشفعة وسلم اليه المشتري بمائة درهم ثم ان المشتري
نقد الثمن الى البائع ووهب له البائع منها خمسة بعدما اخذ
البائع المائة فعلم الشفيع بالهبة ليس له ان يسترد شيئا
من المشتري من الثمن ولو ان البائع وهب من المشتري
خمسة من الثمن قبل قبض الثمن والمسالة بحالها كان للشفيع
ان يسترد من الثمن ما وهب البائع لان هبة شيء من الثمن
قبل قبض الثمن حط والحط يلتحق باصل العقد فكان للشفيع
ان يسترد من المشتري قدر ما حط عنه البائع اما بعد
قبض الثمن هبة البعض ليست بحط بل هو تمليك مبتدأ
فكانه وهب له مالا آخر اه ومنه يعلم ما في كلام المصنف
يعني صاحب الاشباه من الايجاز البالغ حد الالغاز
ثم ان يقال يفهم من التقييد بهبة البعض ان هبة
كل الثمن لا يظهر في حق الشفيع مطلقا واذا لم يظهر
في حق الشفيع اخذ الشفيع بالثمن الذي سمى قبل الهبة

او بالقيمة لم ار في ذلك نقلا صريحا وفي الظهيرية نقلا عن
الجامع الاصغر اذا اشترى بالف درهم دارا ثم تصدق
بها على المشتري ياخذها الشفيع بالقيمة الا ان يكون بعض
الثمن كله ثم تصدق به على المشتري اه فعلى قياس هذا
يقال ان وهب كل الثمن قبل القبض ياخذ الشفيع بالقيمة
والا ياخذ بالثمن اه وفي التتارخانية عن المحيط ما
ملخصه الحط والهبة والابراء اذا كانت قبل القبض فلو
كانت في بعض الثمن تظهر في حق الشفيع ولو في كله فلا
واذا كانت بعد القبض فالحط والهبة على هذا التفصيل
واما الابراء عن الكل والبعض فلا يصح اه وعلى هذا جرى
القهستاني وحط البائع الكل عن كل الثمن عن المشتري والزيادة
على الثمن بعد عقد البيع لا يظهر كل منهما في حق الشفيع
فياخذه الشفيع بكل المسمى في العقد حتى لا يسقط عن الشفيع
شيء من الثمن عند حط الكل ولا تلزمه الزيادة على الثمن
المسمى فان حط الكل لا يلتحق باصل العقد لانه لو التحق كان
هبة او بيعا بلا ثمن وهو فاسد فلا شفعة فيهما واما
الزيادة فتلتحق باصل العقد لكنها لا تظهر في حق الشفيع
لانه استحق اخذها بالمسمى قبل الزيادة فلا يملك ابطال
حقه الثابت له فلا يتغير العقد في حقه كما لا يصح بتغيير
بتجديدهما العقد لما يلحقه بذلك من الضرر وتلتحق
به في حق نفسه لان له ولاية على نفسه دون الشفيع
بخلاف بيع المرابحة والتولية حيث تصح الزيادة في حقه
ايضا حتى جاز بناؤهما عليها لانه ليس فيه ابطال حق
احد لان المشتري لا يستحق عليه اخذ بيع المرابحة فيلتحق
في حقهما باصل العقد وفيه خلاف زفر والكل في [illegible] وقد مر

ذلك في البيوع زيلعي وفي المحيط رجل اشترى دارا من رجل
بالف درهم وتقابضا ثم زاد في الثمن الفا اخرى ثم [illegible]
البيع ثم علم الشفيع بالعقد ولم يعلم بالالف واخذ الشفيع
بالثمن فان اخذها بحكم القاضي ابطله القاضي ثم قضى
له بغير ما وجبت به الشفعة وان اخذها بغير حكم فهو
شراء مبتدأ فلا ينقض ولو كان حين اشتراها بالف وقبضها ثم
تناقضا البيع ثم اشتراها منه بالفين ثم علم الشفيع بالبيع
بالفين ولم يعلم بالالف واخذها بالفين بالشفعة
بحكم او بغير حكم ثم علم بالبيع بالف لم يكن له ان ينقض
اخذه لانه اخذها بما قد وجب له اخذها به اهـ
ولو اشترى دارا وحط البائع عن المشتري النصف من
الثمن ثم حط البائع بعضه النصف الاخر فان الشفيع
ياخذ الدار بالنصف الاخير والنصف ليس بقيد قال
في الجوهرة هذا اي عدم الالتحاق اذا حط الكل بكلمة واحدة
اما اذا كان بكلمات ياخذ بالاخيرة اهـ ولو اشترى عبدا
بالف ثم علم الشفيع انه اشتراه بالف فسلم الشفيع الشفعة
للمشتري ثم بعد التسليم حط البائع عن المشتري مائة
من الالف فله اي فيثبت للشفيع الشفعة ولا يضره
التسليم السابق وهذه المسألة من جزئيات ظهور
الحط في حق الشفيع كما لو باعه اي العقار بالف فسلم الشفيع
ثم زاد البائع له على العقار جارية او مثلا فصار العقار بما قبل
من الف فله الشفعة ايضا ولا يضره التسليم السابق لانه اخذ
الدار بحصتها من الثمن كما في النهاية ولا يخالفه ما في شرح المجمع
الملكي باع عقارا مع العبيد والدواب تثبت في الكل تبعا
للعقار اهـ لان المراد به الارض والحانوت والاشجار فتحقق

التبعية لوجود ما هو المقصود من الارض ولذا صح فيها الوقف
تبعا كما مر في موضعه بخلاف الجارية والمتاع مع الدار
والله تعالى اعلم فصل وفي مسالة الشرا بمثلي ولو كان
مثليا حكما كالخمر في حق المسلم الى آخره وعبارته وفي الشرا
بثمن مثلي حقيقة وحكما وذلك لان من المثلي ما يتحقق بغير
المثلي كالخمر في حق المسلم اه فقد ظهر لك من عبارته انه
جعله قيميا حكما في حق المسلم حتى لو اتلف خمر الذمي ضمنه
بالقيمة ولو مر الذمي على عاشر عشره بالقيمة فالصواب هنا
ان يقال وفي الشرا بالقيمي ولو حكما كالخمر حق ياخذ الشفيع بمثله
اي بمثل ذلك الثمن الذي هو العرض والمشتري دارا بعرض ولم
يتقابضا حتى هلك العرض بطل البيع فيما بين البائع والمشتري
وللشفيع الشفعة وكذا لو كان المشتري قبض الدار ولم يسلم
العرض حتى هلك لان الشفيع انما ياخذ بما وجب بالعقد
لا بما اعطي بدلا عن الواجب حتى لو اشترى الدار بالدراهم
او الدنانير ثم دفع مكانها عرضا فالشفيع ياخذ الدار
بالدراهم او بالدنانير لا بالعرض كذا في البدائع وفي مسالة
الشرا بالقيمي ياخذ الشفيع بالقيمة اي بقيمة ذلك
العرض لان الشفيع ان تملك المتنوع بمثل ما تملكه
المشتري به ونقل ... عن اهل المدينة انهم قالوا ياخذه
بقيمة الدار لانها من ذوات القيم اي يوم الشرا لا بقيمته
وقت الاخذ بالشفعة كما في الدر المنتقى ولو اشترى دارا
بعبد بعينه فللشفيع ان ياخذها بالشفعة بقيمة
العبد عنده فان مات العبد قبل ان يقبضه البائع
انتقض الشرا وللشفيع ان ياخذها بقيمة العبد عندنا
وكذلك ان ابطل البائع البيع بعيب وجده بالعبد وان لم

يكن

يكن شي من ذلك واخذ الشفيع الدار من البائع اخذه
بقيمته والعبد لصاحبه لا سبيل للبائع عليه وان اخذها
من المشتري بقيمة العبد ثم تقابضا او تقابضا ثم مات
العبد قبل التقابض او دخله عيب فان القيمة للبائع
كما في المبسوط ففي بيع عقار بعقار ياخذ الشفيع اي شفيع
كل من العقارين كلا من العقارين بقيمة الآخر وفي مسالة
الشرا بثمن موجل باجل معلوم فلو كان مجهولا كالحصاد والدياس
ونحو ذلك وقال الشفيع انا اعجل الثمن واخذها لم يكن له
ذلك لان الشرا بالاجل المجهول فاسد وحق الشفيع لا يثبت
في الشرا الفاسد كما في الذخيرة ياخذ الشفيع بحال وليس له
ان ياخذها في الحال بثمن موجل وقال زفر والشافعي في
القديم له ذلك لان للشفيع حق الاخذ بالثمن الذي يملك
به المشتري بصفته والاجل صفة الدين الا ترى انه يقال
دين موجل ودين حال ولنا ان الاجل يثبت بالشرط
وليس من لوازم العقد فاشتراطه في حق المشتري لا يكون
اشتراطا له في حق الشفيع كالخيار والبراءة من العيوب
ورضاه به في حق المشتري لا يدل على رضاه به في
حق الشفيع لتفاوت الناس فيه ولا نسلم انه وصف
للدين لان الاجل حق المطلوب والدين حق الطالب ولو
كان وصفا له لاستحقه الطالب ولهذا لو باع ما اشتراه بثمن
موجل مرابحة او تولية لا يثبت الاجل من غير شرط ولو كان
صفة له لثبت ثم ان اخذها من البائع بثمن حال سقط
الثمن عن المشتري لتحول الصفقة الى الشفيع على ما بينا
من قبل ورجع البائع على الشفيع بثمن حال وان اخذها
من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن موجل لان الاجل

يثبت بالشرط فلا يبطل باخذ الشفيع بثمن حال كما لا يبطل
ببيعه المشتري بثمن حال او ان شاء الشفيع طلب الشفعة
في الحال لما سياتي من بطلان الشفعة لو سكت واخذ
الشفيع بعد انقضاء الاجل لان تاخير طلب التملك لا يسقطها
وعند من يشترط العذر للتاخير يقول للتاخير هنا عذر
وهو ان لا يعجل ما اجله على المشتري رحمتي وقال الزيلعي وان
اختار الانتظار كان له ذلك لان له ان لا يلتزم الضرر الزائد
اه ولا يتعجل ما على المشتري لو اخذ الشفيع بحال يعني لو
شرى العقار موجلا واخذ الشفيع منه بالشفعة واختار ان
يدفع له الثمن حالا لا يطالب البائع المشتري بالثمن حالا لانه
قد اشتراه موجلا كما قدمنا من جواز بيع المشتري حالا ما
اشتراه موجلا فكذلك هنا ولو سكت الشفيع فيما اشتراه
المشتري موجلا عنه فلم يطلب في الحال وصبر الشفيع
حتى بطلت الشفعة عند حلول الاجل بطلت شفعته
عند ابي حنيفة ومحمد رح وبه كان يقول ابو يوسف اولا ثم
رجع عنه وقال لا تبطل شفعته بالتاخير الى حلول الاجل
لان الطلب ليس بمقصود لذاته بل للاخذ وهو لا يتمكن منه
في الحال بثمن موجل فلا فائدة في طلبه في الحال فلا يكون
سكوته دليل الاعراض ولذا قال الشارح خلافا لابي يوسف
ولهما ان حق الشفيع قد ثبت بصدور البيع ولكن لم يعلمه
الا بعد مدة ثم لما علم لم يطلب طلب مواثبة فليس
المراد من الثبوت استقرار الشفعة بعد الطلبين فتنبه
ثم انه لما طلب حق الشفعة بالمعنى الذي ذكرناه كان له
ان ياخذه بثمن حال ولو كان حقه ثابتا لما كان له الاخذ
في الحال والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل

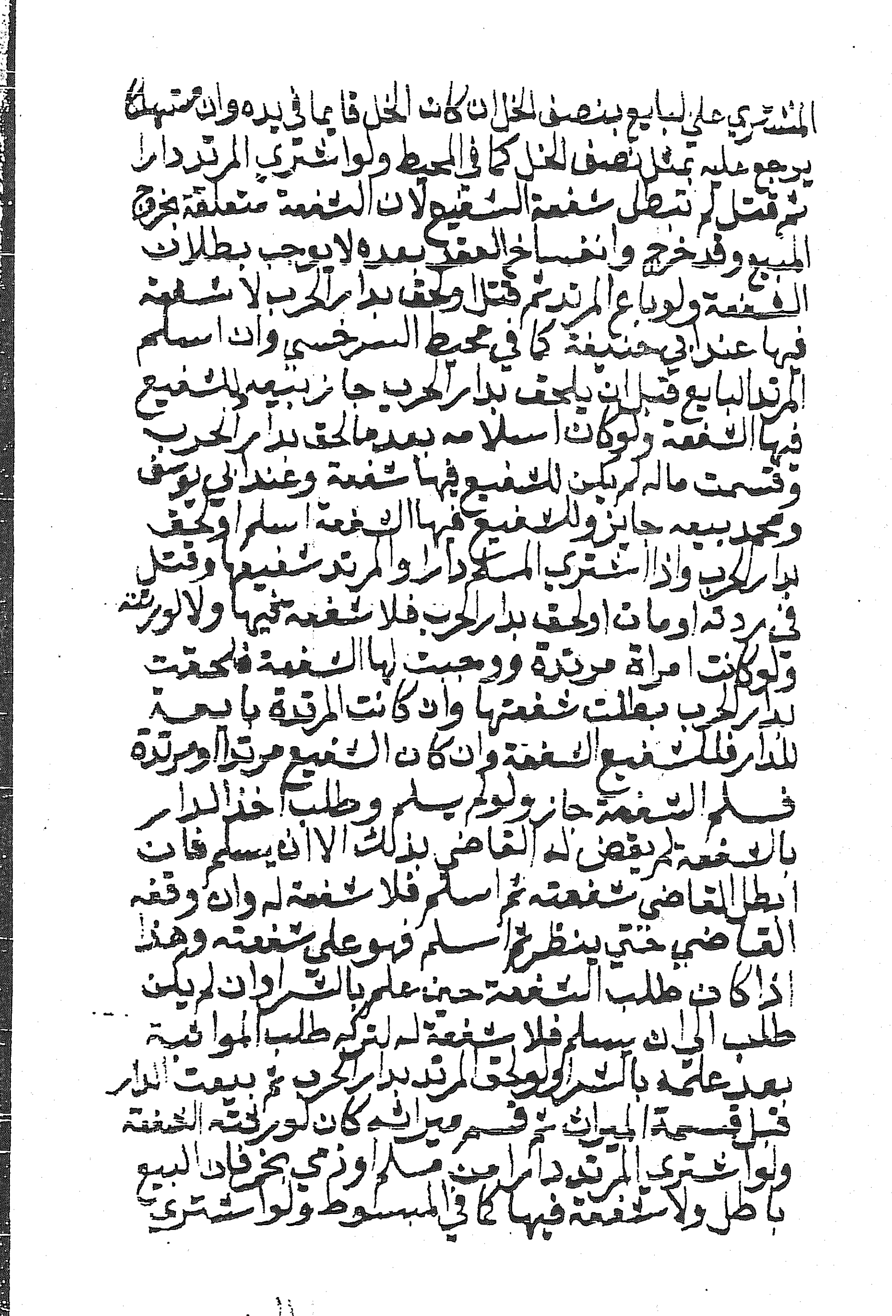
الشفعة

الشفعة زيلعي ويأخذه اي العقار شفيع ذمي من ذمي اشترى
بمثل خمر او ياخذه بقيمة خنزير ان كان البائع والمشتري
والشفيع ذميا او مستامنا لا مرتدا فقط وان مات او لحق فلا
لهما لا تثبت لورثته اما لو شرى ثم ارتد فلا تبطل شفعته شفيع
لتعلقها بالخروج عن الملك ولا بد ان يكون البائع ايضا ذميا
يعني لو اشترى ذمي من ذمي عقارا بخمر او خنزير فان كان
شفيعه ذميا اخذه بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع
يقضى بصحته فيما بينهم فاذا صح ترتب عليه احكام البيع
ومن جملة الاحكام وجوب الشفعة به فيستحقه ذميا كان
الشفيع او مسلما غير ان الذمي لا يتعذر عليه تسليم الخمر فياخذ
بها لانها من ذوات الامثال والمسلم لا يقدر على ذلك لكونه
ممنوعا من تمليكها وتملكها فتجب عليه قيمتها كما سياتي والخنزير
من ذوات القيم فيجب عليهما قيمته ولا بد ان كان البائع مسلما
باع داره بخمر او خنزير على ذمي لم يصح البيع فلا تثبت الشفعة
اي بنفس البيع بل بالقبض وقد فرع عليه ان البيع فاسد [illegible]
فيه حق البائع تثبت الشفعة [illegible] معزيا للمبسوط واما اذا
كان الثمن ميتة او دما فالبيع باطل ولا شفعة فيهما وان سكت
عن ذكر الثمن وجبت القيمة لانه بيع فاسد فاذا تصرف فيه
وجبت الشفعة نقله السيد الحموي وياخذ الشفيع بقيمته
اي بقيمة الخمر والخنزير لما مر من ان الخمر قيمي حكما في حق المسلم
لو كان الشفيع مسلما لمنعه [illegible] الشارع المسلم عن تمليكها
وتملكها اي الخمر والخنزير فيجب عليه قيمتها كما في ضمان العدوان
والخنزير من ذوات القيم فتجب عليهما قيمته ثم لا يقال ان قيمة
الخمر تقوم مقام عينها فوجب ان يحرم على المسلم قيمته بخلاف
قيمة الخنزير لانه لكونه مثليا لا يعد اخذ قيمته كالاخذ عينه وقد

تقدم في باب العاشر انه يعشر الخمر لا الخنزير لان الخنزير قيمي
تقوم قيمته مقام عينه وقد نهينا عن تملك عينه وتمليكها
فكذا القيمة على ما عرف في موضعه لانا نقول انما يحرم عليه
تمليكها اذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير واما اذا كانت بدلا عن
غيره فلا يحرم وقيمة الخنزير هنا قائمة مقام الدار لا مقام
الخنزير واما الخنزير يقدر بقيمته بدل الدار ولذا لا يحرم عليه
تمليكها بخلاف المرور على العاشر فان العاشر يأخذ القيمة
بدلا عن الخنزير فكان كاخذ عينه لان قيمة القيمي تقوم مقام
عينه فامتنع عليه ذلك واجاب الاكمل بان مراعاة
حق الشفيع واجبة بقدر الامكان ومن ضرورة دفع ذلك قيمة
الخنزير اليه بتصرفنا فان اسلم المشتري قبل اخذ الشفيع الدار
فان الشفيع يأخذها بقيمة الخنزير ولو كان شفيعها
مسلما وذميا اخذ كل واحد منهما النصف بما ذكرنا من قيمة
الخمر ومثلها اعتبارا للبعض بالكل زيلعي وفي محيط السرخسي
دار بيعت بخمر ولها شفيعان مسلم وكافر اخذ الكافر نصفها
بنصف قيمة الخمر وان كان الثمن خنازير اخذ كل واحد
بنصف القيمة ولو اسلم الذمي صار حكمه كحكم المسلم من
الابتداء فيأخذها بقيمة الخمر والخنزير كما اذا كان الثمن
مثليا فانقطع قبل الاخذ بالشفعة فانه يأخذها بقيمته
للتعذر كذا هنا والمستأمن كالذمي في جميع ما ذكرنا من
الاحكام لالتزامه احكامنا مدة اقامته في دارنا فصار
كالذمي في تلك المدة ولا فرق بين ان يكون المشتري دارا
او بيعة او كنيسة او بيت نار كما في المبسوط فان الشفيع
يأخذه بالشفعة لان ملك الذمي فيها ثابت اذا كان يعتقد
ان ملكه لا يزول بجعله بيعة او كنيسة وان كان يعتقد

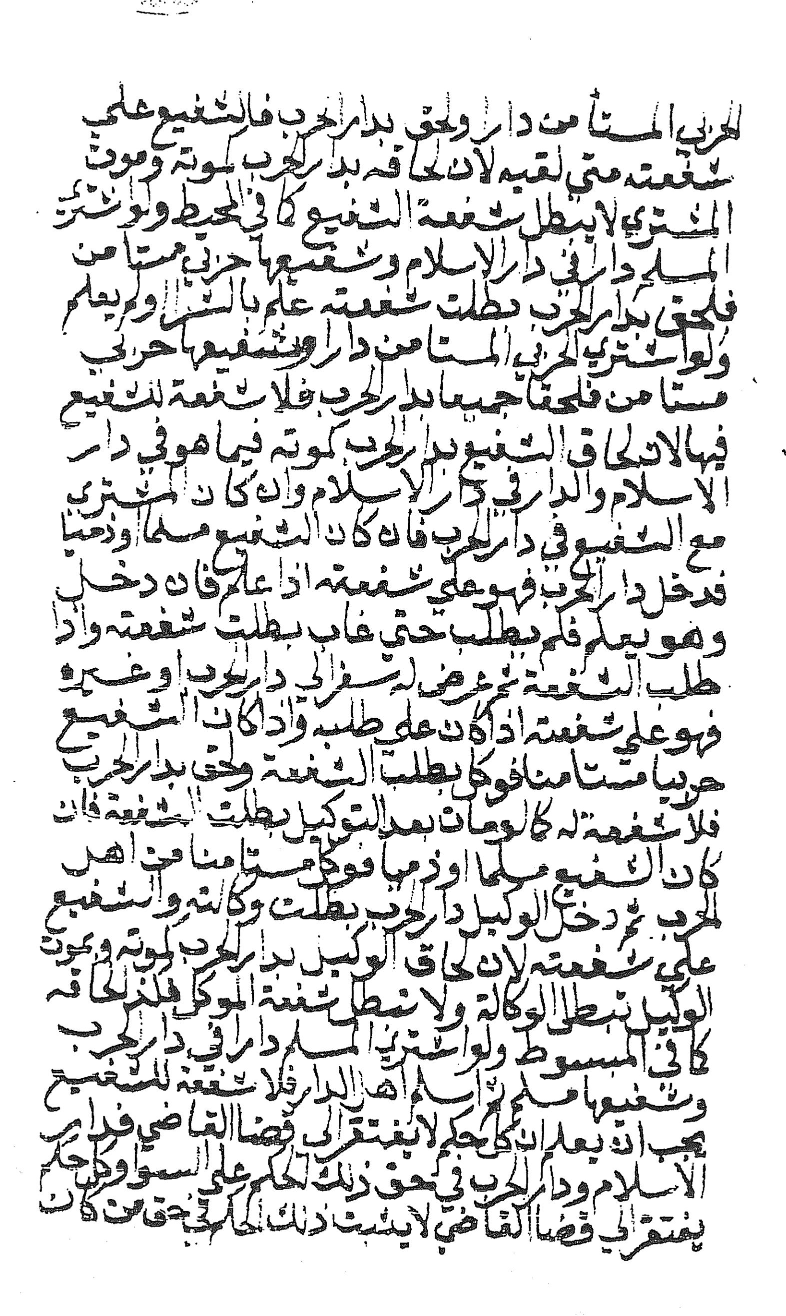
انه يزول

انه يزول فكذلك ايضا لانه باقدامه على بيعها صار معتقدا
جواز بيعها والذمي اذا كان يدين بشيء نتركه فيه على
دينه وان كان في ديننا لا يجوز ولهذا اذا ترافعوا الينا
نحكم بينهم باحكامنا والمراد [illegible] وطريق معرفة
قيمة الخمر والخنزير انما يكون بالرجوع الى ذمي اسلم
او فاسق تاب فيسأل عنه ويعمل بمقتضاه ولو اختلف
الشفيع والمشتري فيه اي فيما ذكر من قيمة خمر وخنزير فادعى
الشفيع ان القيمة كذا وادعى المشتري اكثر منه ولا بينة
فالقول للمشتري لانه منكر لان الشفيع يدعي استحقاق
الاخذ منه بالثمن الذي يدعيه وخصمه منكر لذلك حتى
يوفيه الثمن الذي يدعيه هو فلو برهن كل على دعواه فالبينة
للشفيع لانه مدع لاستحقاق الاخذ بالثمن الذي يدعيه
والبينة للمدعي والاولى ان يبدل لفظ المشتري بالخصم
ليشمل المشتري والبائع والوكيل وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف البينة للمشتري عناية وتمامه فيها
ولو اسلم احد المتبايعين والخمر غير مقبوضة انتقض
البيع لان الاسلام يمنع قبضها ولكن لا تبطل الشفعة
لانها وجبت بالبيع فلا تبطل بانتقاضه فيأخذها
الشفيع بقيمة الخمر ان كان هو مسلما وكان المأخوذ منه
مسلما وان كان ذميا اخذها بمثل ذلك الخمر وان كان
الاسلام احد المتبايعين بعد قبض الخمر قبل قبض الدار
فالبيع بينهما بيع صحيح كما في المبسوط ولو اشترى
ذمي من ذمي دارا بخمر وتقابضا ثم صار الخمر خلا ثم اسلم
البائع والمشتري ثم استحق نصف الدار وحضر الشفيع
اخذ النصف بنصف قيمة الخمر ولا يأخذ بنصف الخل ثم يرجع



المشتري على البايع بنصف الخل ان كان الخل قايما في يده وان استهلكه
يرجع عليه بمثل نصف الخل كما في المحيط ولو اشترى المرتد دارا
ثم قتل لم تبطل شفعة الشفيع لان الشفعة متعلقة بخروج
المبيع وقد خرج وانفساخ العقد بعده لا يوجب بطلان
الشفعة ولو باع المرتد ثم قتل او لحق بدار الحرب لا شفعة
فيها عند ابي حنيفة كما في محيط السرخسي وان اسلم
المرتد البايع قبل ان يلحق بدار الحرب جاز بيعه وللشفيع
فيها الشفعة ولو كان اسلامه بعد ما لحق بدار الحرب
وقسمت ماله لم يكن للشفيع فيها شفعة وعند ابي يوسف
ومحمد بيعه جائز وللشفيع فيها الشفعة اسلم او لحق
بدار الحرب واذا اشترى المسلم دارا والمرتد شفيعها وقتل
في ردته او مات او لحق بدار الحرب فلا شفعة فيها ولا لورثته
ولو كانت امراة مرتدة ووجبت لها الشفعة فلحقت
بدار الحرب بطلت شفعتها وان كانت المرتدة بايعة
للدار فللشفيع الشفعة وان كان الشفيع مرتدا او مرتدة
فسلم الشفعة جاز ولو لم يسلم وطلب اخذ الدار
بالشفعة لم يقض له القاضي بذلك الا ان يسلم فان
ابطل القاضي شفعته ثم اسلم فلا شفعة له وان وقفه
القاضي حتى ينظر ثم اسلم فهو على شفعته وهذا
اذا كان طلب الشفعة حين علم بالشرا وان لم يكن
طلب الى ان يسلم فلا شفعة له لترك طلب المواثبة
بعد علمه بالشرا ولو لحق المرتد بدار الحرب ثم بيعت الدار
قبل قسمة الميراث ثم قسم ميراثه كان لورثته الشفعة
ولو اشترى المرتد دارا من مسلم او ذمي بخمر فان البيع
باطل ولا شفعة فيها كما في المبسوط ولو اشترى

الحربي



الحربي المستامن دارا ولحق بدار الحرب فالشفيع على
شفعته متى لقيه لان لحاقه بدار الحرب كموته وموت
المشتري لا يبطل شفعة الشفيع كما في المحيط ولو اشترى
المسلم دارا في دار الاسلام وشفيعها حربي مستامن
فلحق بدار الحرب بطلت شفعته علم بالشرا او لم يعلم
ولو اشترى الحربي المستامن دارا وشفيعها حربي
مستامن فلحقا جميعا بدار الحرب فلا شفعة للشفيع
فيها لان لحاق الشفيع بدار الحرب كموته فيما هو في دار
الاسلام والدار في دار الاسلام وان كان المشتري
مع الشفيع في دار الحرب فان كان الشفيع مسلما او ذميا
فدخل دار الحرب فهو على شفعته اذا علم فان دخل
وهو يعلم فلم يطلب حتى غاب بطلت شفعته واذا
طلب الشفعة ثم خرج الى سفر الى دار الحرب او غيره
فهو على شفعته اذا كان على طلبه واذا كان الشفيع
حربيا مستامنا فوكل بطلب الشفعة ولحق بدار الحرب
فلا شفعة له كما لو مات بعد التوكيل بطلت الشفعة فان
كان الشفيع مسلما او ذميا فوكل مستامنا من اهل
الحرب ثم دخل الوكيل دار الحرب بطلت وكالته والشفيع
على شفعته لان لحاق الوكيل بدار الحرب كموته وموت
الوكيل يبطل الوكالة ولا يبطل شفعة الموكل فكذا لحاقه
كما في المبسوط ولو اشترى المسلم دارا في دار الحرب
وشفيعها مسلم ثم اسلم اهل الدار فلا شفعة للشفيع
بعد انه يعلم ان الحكم لا يفتقر الى قضا القاضي في دار
الاسلام ودار الحرب في حق ذلك الحكم على السوا وكل حكم
يفتقر الى قضا القاضي لا يثبت ذلك الحكم في حق من كان

من المسلمين في دار الحرب لمباشرة سبب ذلك الحكم في دار
الحرب نظير الاول جواز البيع والشرا وصحة الاستيلاد ونفاذ
العتق ووجوب الصوم والصلاة فان هذه الاحكام
كلها من احكام الاسلام ويجري على من كان في دار الحرب
من المسلمين ونظير الثاني الزنا فان المسلم اذا زنا في
دار الحرب ثم صارت هي دار الاسلام لا يقام عليه الحد كما في
المحيط ويأخذ الشفيع فيما لو بنى المشتري او غرس ثم طالب
الشفيع بالشفعة يتخير الشفيع حينئذ بين ان يأخذ بالثمن
وقيمة البنا والغرس حال كونهما مستحقي القلع لا بقيمة
البنا والغرس في حال بقائهما كما مر في الغصب من ان قيمتهما
مستحقي القلع لا قيمة البنا اقل من قيمتهما مقلوعين بقدر
اجرة القلع قلت ولو هدم البائع الدار المشتري بالولد
لغيره او طلاقا المشتري بعض الشجر خير الشفيع بين تركها
للمشتري او اخذها كذلك واعطا ما زاد الصبغ فيها للتعذر
نقضه وهذا علة لمحذوف وتقديره ولا يكلف المشتري
النقض لتعذر نقضه اي على وجه تكون له قيمة ولا قيمة
لنقضه بكسر النون وفتحها مصدر بمعنى اسم المفعول
اي واذا كان لا قيمة لنقضه فلا ياتي الزام الشفيع بقيمته
مستحق القلع بخلاف البنا فان نقضه ذو قيمة جاوز
الزاهدي وصححه وهذا التخيير للشفيع كما قدمنا فيما
لو بنى المشتري فيما اشتراه من العقار او غرس فيه او
ان شا الشفيع كلف الشفيع المشتري قلعهما اي البنا والغرس
الذي احدثه المشتري وانما يخير الشفيع بين ضمان قيمة
البنا والغرس مقلوعا وتكليف المشتري بالقلع ان رضي
المشتري بذلك فان قال المشتري اريد قلع بنائي وغرسي

فله ذلك

فله ذلك لا اذا كان في القلع نقصان الارض فان المشتري
حينئذ يجبر على بيع بنائه وغرسه على الشفيع والشفيع
له ان يأخذها اي الارض المشفوعة والدار جبرا على المشتري
بقيمة البنا والغرس مقلوعة اي مستحقة القلع ويدل
عليه قوله غير ثابتة والاولى مقلوعين غير ثابتين فهذا
وجه الثاني اي ويروى عن ابي يوسف ان المشتري لا يكلف
بالقلع لكن الشفيع بالخيار ان شا اخذ الدار والارض
المشفوعة بالثمن وقيمة البنا والغرس وان شا ترك الشفعة
وبه قال الشافعي ومالك لانه ليس بمتعد في البنا والغرس
لثبوت ملكه فيه بالشرا فلا يقابل باحكام العدوان
فصار كالموهوب له والمشتري شرا فاسدا كما لو زرعها
المشتري فان كل واحد منهم لا يكلف القلع لتصرفه في ملكه
فكذا المشتري في المشفوعة ولهذا لا يكلف قلع الزرع لان
ضرر الشفيع بالتزام قيمة البنا والغرس اهون من ضرر المشتري
بالقلع لان الشفيع يحصل له بمقابلة القيمة عوض وهو
البنا والغرس فلا يتضرر ولم يحصل للمشتري بمقابلة
القلع شي فكان الاول اهون فكان اولى بالتحمل قلت
في ان توجه ظاهر الرواية ان المشتري قد بنى فيما الغير
فيه حق موكد يعني بنى او غرس في محل تعلق به حق
متاكد للغير وهو الشفيع من غير تسليط من جهة من
له الحق ولذا ينقض الشفيع عليه اي على المشتري باثبات
شفعته تصرفه كالراهن اذا بنى في المرهون كما ينقض
الشفيع جميع تصرفاته اي تصرفات المشتري حتى الوقف
والمسجد والمقبرة اي لو تبرع رضا ووقفها المشتري وجعلها
مسجدا ومقبرة كان للشفيع ابطال مسجديتها ووقفيتها

ومقبرة او يسقف القبر او يرفع الميت كما في بعض الكركي خلافا
لما نقله القهستاني عن النظم انه لا ينقض المسجد وبطلت
شفعته كما لا يشفع الموقوف اه وابطال الهبة الواقعة من المشتري
لغير الشفيع زيلعي وزاهدي ولو اوصى المشتري لانسان كان
للشفيع ان ينقض الوصية وياخذ من الورثة والعهدة عليهم
كما في التترخانية رجل اشترى دارا وقبضها فاراد الشفيع
اخذها فقال المشتري بعتها من فلان وخرجت من يدي ثم
اودعنيها لا ينصرف وجعل خصما للشفيع وان اقام البينة
على ذلك لانه مع بينته وكذلك لو قال وهبتها لفلان وقبضها
ثم اودعنيها لا يقبل قوله ولا بينته فان حضر المشتري في
الفصل الاول والموهوب له في الفصل الثاني وكان ذلك
بعد قضا القاضي للشفيع وبرهن على الشرا والهبة لا تقبل
بينته وكان القضا بالشفعة نقضا على الشرا والهبة
لان صاحب اليد صار مقضيا عليه فكل من ادعى تلقي الملك
من جهته صار مقضيا عليه كذا في المحيط وان
باعها القاضي او الوصي في دين الميت فللشفيع ان يبطل
البيع وياخذها بالشفعة كما لو باعها المشتري في حياته
كما في المبسوط ولو اشترى دارا فوهبها لرجل ثم جاء الشفيع
ياخذ الدار ويضع الثمن على يدي عدل عند ابي يوسف
رحمه الله وعند محمد لا ياخذ حتى يحضر الواهب كذا في التترخانية
بخلاف بنا الموهوب له على قول ابي حنيفة رح والمشتري
شرا فاسدا لانه بتسليطه ولا تسليط من الشفيع
هنا ولان حق الاسترداد للواهب والبائع ضعيف ولهذا
لا ينقض تصرفاتهما فلا يبقى بعد البنا وحق الشفيع
قوي فيبقى بعده كما يقلع المستحق بنا المغرور وغرسه

وله ان ياخذه بقيمته مقلوعا كالمستحق ولا مساواة بين
الحقين حتى يترجح بزيادة الضرر لان الترجيح انما يصار اليه
عند التساوي وربما لا يوافقه فيحتاج الى قلعه فيلحقه
ضرر زايد واما في الزرع فلا يقلع استحسانا لا قياسا قال
في البدائع واجمعوا ان المشتري لو زرع في الارض ثم حضر
الشفيع انه لا يجبر المشتري على قلعه لان له نهاية معلومة
كيلا يتضرر المشتري بالقلع من غير عوض وليس على
الشفيع كثير ضرر بالتاخير ولكن ينتظر ادراك الزرع ثم
يقضى له بالشفعة فياخذ الارض بجميع الثمن هكذا في
البدائع واذا ترك الارض في يد المشتري يترك بغير اجر
عندهما وعند ابي يوسف باجر [illegible] ومن هذا الجنس
مسالة في الفتاوى المنتسبة الى [illegible] وصورتها رجل اخذ
ارضا مزارعة وزرعها فلما صار الزرع بقلا اشترى
المزارع الارض مع نصيب رب الارض من الزرع ثم جاء الشفيع
فله الشفعة في الارض وفي نصف الزرع ولكن لا ياخذ حتى
يدرك الزرع كذا في المحيط فقول الشارح تبعا للزيلعي ويبقى
الزرع بالاجر محمول على ما اذا سبق القضا بالشفعة والله
تعالى اعلم وفي حاوي الفتاوى ولو اشترى ارضا وزرعها
فنقصتها الزراعة ثم جاء الشفيع يقسم على الارض ناقصة
وعلى قيمتها يوم شراها فياخذ الشفعة بذلك الثمن
كما في التترخانية وفي المحيط ولو اشترى ارضا مبذورة
فنبت الزرع وحصده المشتري ثم حضر الشفيع قوم الارض
بحصتها فتقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فيرجع
بحصتها وفي محيط السرخسي وان كان المشترى ارضا
فيها زرع لا قيمة له فادرك الزرع وحصده المشتري ثم جاء

الشفيع واخذ الارض لا يسقط شيء من الثمن وفي الذخيرة
يجب ان يعلم تصرف المشتري في الدار المشفوعة صحيح الا ان
يحكم بالشفعة للشفيع وله ان يبيع ويوجر ويطلب الثمن
والاجر ولذا له ان يهدم وما اشبه ذلك من التصرفات غير
ان للشفيع ان ينقض كل تصرف الا القبض وما كان من تمام
القبض الا يرى ان الشفيع لو اراد ان ينقض قبض المشتري
ليعيد الدار الى يد البائع وياخذها منه لا يكون له ذلك
كذا في الذخيرة ويرجع الشفيع على المشتري بالشفعة
[illegible] بالثمن فقط ان اخذه الشفيع من المشتري
بالشفعة ثم بنى الشفيع او غرس ثم استحقت الارض
المشفوعة وكلف المستحق الشفيع بالقلع فقلع البنا والغرس
فلا يطالب الشفيع المشتري الا بالثمن لانه تبين ان المشتري
اخذ الثمن من الشفيع بغير حق لان الارض لم تكن ملكه
فيسترد منه الثمن ولا يرجع بقيمة البنا والغرس على احد
اي لا على البائع ان كان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها
منه معناه لا يرجع بما انتقص بالقلع وعن ابي يوسف انه يرجع
به لانه متملك عليه فكان كالمشتري ووجه الظاهر
ما اشار اليه الشارح بقوله لانه اي الشفيع ليس بمغرور
بخلاف المشتري يعني ان الفرق بينه وبين المشتري ان
المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته
ولا غرور ولا تسليط للشفيع من جهة المشتري لان
الشفيع اخذها من المشتري جبرا ونظيره الجارية
المأسورة اذا اخذها المالك القديم من مالكها الجديد
بقيمتها او بالثمن فاستولدها ثم استحقت من يده
وضمن قيمة الولد لا يرجع عليه بما دفع اليه من القيمة

او الثمن

او الثمن ولا يرجع بقيمة الولد لانه لم يغره بخلاف ما لو كان
مشتريا حيث يرجع بها على البائع لانه مغرور من جهته
وفيما نحن فيه المأخوذ منه ليس بغار له سواء اخذها
نقضا او بغيره اما اذا اخذها بالقضا فلانه استوفى عين
حقه لانه ياخذه بحق متقدم على البيع لكونه متقدما
على الدخيل فالجبر وان لم يوجد حقيقة فهو موجود حكما
واعتبارا وايضا عين الحق نقضا او غيره سواء من حيث
الحكم كما في شرح تلخيص الجامع للقاضي فخر الدين الماردين
ونقله الحموي في حاشية الاشباه قوله ولو اخذه المستحق
بقيمته مقلوعا فينبغي ان لا يرجع ايضا فان ذلك برضاه
فكان كالبايع باختياره فلا يرجع على احد هذا ظاهر
فيما اذا لم يكن القلع مضرا بالارض فان كان والمستحق يتملكها
جبرا فينبغي ان يرجع على قول ابي يوسف تامل رحمتي وهذه
مسألة الوزن المستثناة من كون الشفعة كالبيع وتقدم
نقلها عن الاشباه ويأخذ الشفيع شفعته من المشتري
بكل الثمن ان خربت بتسلل الزمن بان علم ان الدار المشتراة
في يد المشتري او اشترى رجل بستانا فاحترقت الشجر
اي شجر البستان بلا فعل احد فيأخذ الشفيع بكل الثمن
ولا يسقط من الثمن شيء والاصل ان الثمن يقابل الاصل
لا الوصف الاولى ان يقول لان البنا والشجر وصف
للدار والبستان ثم [illegible] وصف قال الزيلعي لانهما تابعان
للارض حتى يدخلان في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء
من الثمن ولذا يبيعهما في هذه الصورة مرابحة من غير
بيان اهـ وقال الشيخ رحمتي في قوله لا الوصف اي ما لم يصر
الثمن مقابلا بالوصف كما نص عليه بقوله بعد [illegible]

عشرة اذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فان الذراع وصف
في الثوب وبالتنصيص عليه صار مقابلا بالثمن كما مر في
البيع وكذا اذا كان الوصف مقصودا بالاتلاف كما اذا اتلف
المشتري البنا او الغرس فيقابل حينئذ بحصته من الثمن
او بقي شي من النقض فاخذه لانه مال فلا يبقى في يده
الا بحصته اه وفي الذخيرة اشترى كرما وله شفيع
غايب فاثمرت الاشجار فاكلها المشتري ثم حضر الشفيع واخذ
الكرم بالشفعة فان كانت الاشجار قبل قبض المشتري
فان ورد ولم يبد الطلع من الورد لا يسقط شي من
الثمن وان كان قد بدا الطلع وقت قبض المشتري الكرم
يسقط بقدر ذلك ويعتبر قيمته يوم قبض المشتري
الكرم اه وهذا اذا لم يبق شي من نقض او خشب
لو [illegible] اي نقض من الدار التي انهدمت او خشب
من البستان الذي جف فلو بقي من نقض الدار المنهدمة
والخشب في البستان الذي جف في يد المشتري واخذ المشتري
ذلك النقض والخشب لانفصاله من الارض حيث لم يكن
تبعا للارض وهذا تعليل لاخذ المشتري لان الشفيع
ياخذ العقار وياخذ البنا لانه تبع له والنقض لما انفصل
عنه لم يبق تبعا للعقار فلا يوخذ بالشفعة فياخذه
المشتري فقوله حيث لم يكن تبعا تعليل لعدم اخذه
بالشفعة رحمتي فلا بد من ان تسقط حصته من
الثمن لانه حين خال قايما بقي محتبسا عند المشتري فيقسم
الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم
الاخذ زيلعي وفي المحيط واذا اشترى رجل دارا وهدم
بناءها او هدمها اجنبي او انهدم بنفسه ثم جاء الشفيع

قسم

قسم الثمن على قيمة البنا مبنيا وعلى قيمة الارض فما اصاب
الارض اخذها الشفيع بذلك معنى المسالة اذا انهدم
البنا وبقي النقض على حاله الا انه اذا انهدم بنفسه يقسم
الثمن على قيمته مهدوما لانه بالهدم دخل في ضمانه اما اذا هدم
تعتبر القيمة على الوصف الذي دخل في ضمانه وبالانهدام
لم يدخل في ضمان احد فتعتبر قيمته على الحالة التي عليها مهدوما
حتى اذا كانت قيمة الساحة خمسماية وقيمة البنا خمسماية
فانهدم البنا وبقي النقض وهو يساوي ثلاثماية فالثمن
يقسم على قيمة الساحة خمسماية وعلى قيمة النقض
ثلاثماية اثمانا فياخذ الشفيع الساحة بخمس اثمان
الثمن ولو احترق البنا وذهب به السيل ولم يبق شي
من النقض ياخذ الشفيع الساحة بجميع الثمن لانه
لم يبق في يد المشتري شي له ثمن ولو لم يهدم المشتري
البنا ولكن باعه من غيره من غير ارض ثم حضر الشفيع
فله ان ينقض البيع وياخذ الكل اه وفي السراج وان نقض
المشتري البنا قيل للشفيع ان شئت فخذ الارض بحصتها
وان شئت فدع وليس له ان ياخذ النقض وكذا اذا هدم
البنا اجنبي وكذا اذا انهدم بنفسه ولم يهلك لان الشفعة
سقطت فيه وهو عين قايمة لا يجوز ان يسلم للمشتري
بغير شي وكذا لو نزع المشتري باب الدار وباعه تسقط عن
الشفيع حصته اه قلت استدركا على المتن حيث
اطلق قوله اذا لم يبق شي من نقض او خشب فلو بقيت
بنفسها او جفت الاشجار بنفسها في يد المشتري ولم ياخذه
اي النقض من الدار والاشجار المشتري فان هلك ذلك النقض
بعد انفصاله بافة سماوية وكذا لو سرق والله تعالى اعلم

لم يسقط عن الشفيع اذا طالب في شفعته شي من الثمن
الذي دفعه المشتري لعدم حبسه اذ هو من التوابع
والاوصاف يقول اذ هو من التوابع ولم يحبسه والتوابع
لا يقابلها شي من الثمن وبالاخذ بالشفعة تحولت الصفقة
التي كانت بين بايع العقار والمشتري منه الى الشفيع
وقد هلك ما دخل تبعا وهو البنا واخشاب الشجر
قبل القضا اي قبل قبض الشفيع من المشتري فلا يسقط
بهلاك بمثله شي من الثمن قاله شيخنا الخير الرملي رح
وقال السيد احمد قوله فهلك الخ الاولى فكانه هلك
الخ لانه لم يهلك عند البايع الذي تحولت صفقته
الى الشفيع والمشتري لا ينزل بايعا الى الشفيع حتى يصح
ما ذكره فتامل بخلاف ما اذا تلف بعض الارض المشتراة
بغرق في الما حيث يسقط من الثمن بحصته لان
الفايت بعض الاصل زيلعي وفي المبسوط واذا اشترى
دارا فغرق نصفها فصار مثل الفرات يجري فيه الما لا يستطاع
رد ذلك عنها فللشفيع ان ياخذ الباقي بحصته من الثمن
ان شا واذا اشترى فوهب بناها لرجل او تزوج عليها
وهدم لم يكن للشفيع على البنا سبيل ولكن ياخذ
الارض بحصتها من الثمن وان لم يهدم فله ان يبطل
تصرف المشتري وياخذ الدار كلها بجميع الثمن او ياخذ
الشفيع ان شا بحصة العرصة من الثمن ان نقض المشتري
او اجنبي كما قدمناه عن المحيط البنا ولو لم ينقضه ولكن
باعه من غيره بلا ارض فللشفيع نقض البيع وكذا البستان
والنخل طوري عن التترخانية لانه اي المشتري قصد
الاتلاف يعني ان الاوصاف لا تدخل في العقد قصدا بل

تبعا

تبعا فلا تقابل بالثمن لكنها تضمن بالاتلاف وهنا قد
قصدها المشتري بالاتلاف حيث هدم البنا او قطع الشجر
فيضمنها وفي الاولى فيما اذا خربت الدار او جفت الشجر
عرضت الافة وهي سماوية فهلك بها ويقسم الثمن على
قيمة الارض والبنا يوم العقد عليها حيث كان النقض
والقطع من المشتري فتقوم الارض عليها البنا وتقوم
بغيره لتقدير التفاوت يسقط من الثمن فلو اختلفا
في قيمة البنا فالقول للمشتري والبينة للشفيع عنده
وعندهما للمشتري ايضا ولو في قيمة الارض يوم وقوع الشرا
نظرا الى قيمته اليوم لان الظاهر انه كان كذلك فمن شهد
له كان القول له تتارخانية ولك ان تقول ما قابل البنا سقط
عن الشفيع وما اصاب الارض ياخذ الشفيع الارض به
وانما اعتبرت قيمتهما يوم العقد لان بالعقد دخلت في
ضمان المشتري حيث دخل البنا في البيع تبعا بخلاف الهدم
بنفسه وكان النقض باقيا حيث تعتبر فيها قيمة
النقض يوم الاخذ بالشفعة كما لم تتقوم بالحبس لانه
حينئذ صار مقصودا بحبسه عن الشفيع فيتقوم عليه
بالحبس في يومه ونقض الاجنبي كنقضه اي المشتري
يعني لو اشترى دارا فنقض اجنبي بناها ثم طلبها الشفيع
بشفعته ياخذ الشفيع العرصة بحصتها من الثمن ويقسم
الثمن على قيمة الارض والبنا يوم العقد وقد قدمنا هذا
عن المحيط ايضا وذلك لان الاجنبي قد جنى على مال الاجنبي
فيلزمه ضمان ما تلفه للمشتري واذا ثبت للمشتري حق
تضمينه فكانه نقضه بنفسه لان بالتضمين يكون
في معنى البيع للمتلف وبعدم التضمين يكون كالواهب له

حتى ولو اشترى قرية فيها بيوت واشجار ونخيل ثم ان البائع
باع الاشجار والبنا فقطع المشتري بعض الاشجار وهدم
بعض البنا ثم حضر الشفيع كان له الارض وما لم يقطع من
الاشجار وما لم يهدم من البنا وليس له ان ياخذ ما قطع ويطرح
عن الشفيع حصة ما قطع من الشجر وما انهدم من البنا
كما في الخانية ولو اشترى دارا فانهدم بناؤها ثم بني فالشفيع
ياخذها بالشفعة ويقسم الثمن على قيمة الارض والبنا
الذي كان فيها يوم اشترى ويسقط حصة البنا لان
المشتري هو الذي هدم البنا وينقض بناءه المحدث
عندنا كذا في المبسوط والنقض بالكسر اي بكسر النون
وسكون القاف وعليه اقتصر الجوهري وابن فارس وهو
القياس كالذبح والرعي والنكث بمعنى المذبوح والمرعي
والمنكوث والازهري وصاحب المحكم اقتصرا على ضم النون
وقال العيني جا بفتحتين معناه المنقوض عن الاخفش
والاحيا له اي يكون للمشتري في كل من صورتي الهدم او
الانهدام وليس للشفيع اخذه اي اخذ ذلك النقض
من المشتري بعد زوال التبعية بانفصاله وقد قدمنا
ذلك عن السراج قبيل قول الشارح قلت ويأخذ
الشفيع بثمرها اي مع ثمرها استحسانا للاتصال يعني
والقياس ان لا يكون له اخذ الثمر لعدم التبعية كالمتاع
الموضوع فيها ووجه الاستحسان انه بالاتصال
خلقة صار تبعا من وجه ولانه متولد من المبيع
فيسري اليه الحق الثابت في الاصل الحادث قبل الاخذ
كالمبيعة اذا ولدت قبل القبض فان المشتري يملك
الولد تبعا للام كذا هذا ثم هذا انما هو فيما ان ابتاع

اي اشترى رجل ارضا ونخلا وثمرا اي اشترى نخيلا مع ثمارها
بان شرط ثمرها في البيع او اثمر عند المشتري بعد الشراء لان
الثمر لا يدخل في البيع الا بالشرط لانه ليس بتبع الا بالشرط
لانه ليس بتبع بخلاف النخل فانه يدخل في بيع الارض تبعا
في يده فالحاصل انه اذا اشترى ارضا فيها نخل او
شجر فيه ثمر واشترط ثمره في البيع او اثمر بعده ثم جاء
الشفيع والثمرة قائمة فله ان ياخذ ذلك جميعا استحسانا
وقيد بقوله في يده لانه اذا اثمر في يد البائع قبل القبض
ثم قبضه المشتري له حصة من الثمن كما اذا كان موجودا
وقت الشراء كفاية وان جاء الشفيع وقد جده اي جذ الثمرة
المتدرة اي قطعه قال الزيلعي في باب بيع الفاسد
الجذاذ بالذال عام في قطع الثمار وبالمهملة خاص بالنخل
المشتري او البائع او اجنبي كما في السراج فليس للشفيع
اخذه يعني فلا شفعة في الثمر المقطوع لما مر من زوال
التبعية بالانفصال وانما ياخذ الشفيع الارض والنخل
بالحصة من الثمن ان شاء وتسقط عنه حصة الثمر ويقسم
الثمن على قيمة الارض والنخل والثمر يوم العقد لانه صار
الثمرة سقط عن الشفيع وقيل له اخذ الارض والنخل بحصتهما
ان شئت فان اخذها الشفيع وبقيت الثمرة في يد البائع
فان محمدا رح قال يلزم المشتري الثمرة ولا خيار له في ردها ولو
كانت الثمرة قائمة فقبضها المشتري او اكلها او باعها وتلفت
في يده على وجه من الوجوه فاراد الشفيع الاخذ سقطت
عنه حصة الثمرة وان كان البيع قد وقع والاثمرة ثم اثمرت في يد
البائع بعد البيع قبل القبض ثم جاء الشفيع فانه ياخذ الارض
والنخل والثمر وليس له ان ياخذ بعضها دون بعض ويكون

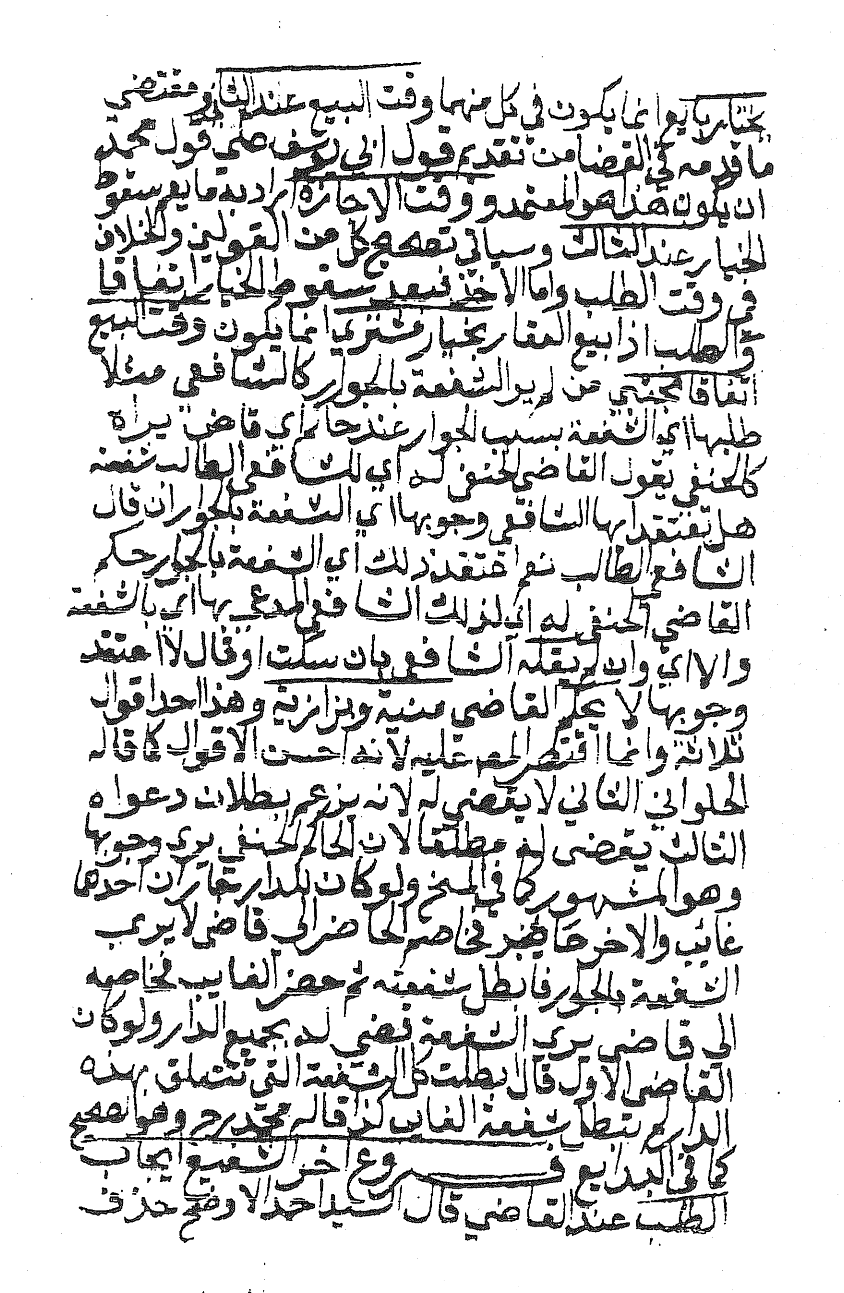
عليه جميع الثمن ولو جذه البايع او المشتري او اجنبي وهو
قائم في يد البايع او المشتري ياخذ الشفيع الارض والنخل
بحصته ان شاء او ان هلك الثمر بآفة سماوية بان
احترق او اكله جراد او برد متلف فلم يبق منه شيء له قيمة
والحال ان المشتري قد اشتراها اي النخل مع الارض بثمرها سقط
حصته اي الثمر الهالك بالآفة السماوية من الثمن الاول
اي وهو ما اذا اشتراها بثمرها بالشرط وكان له قسط
من الثمن بحصته قال الحلبي في قول الماتن وقد اشتراها
بثمرها هذه مزيدة على الدرر ولا معنى لها اه وقد تبعه
السيد احمد حيث قال الاولى حذفه ليتاتى التفصيل الذي
بعده اه لكن قال الشيخ رحمتي قوله وقد اشتراها بثمرها
لما ذكر انه ياخذها بثمرها حيث دخل الثمر في البيع وذلك
بالشرط وكذا ياخذها لو حدث الثمر في يد المشتري اراد ان يبين
حكم ما اذا هلك الثمر فذكر فيها تفصيلا وهو انه اذا اشتراها
بثمرها بالشرط سقطت حصته من الثمن لانه لما دخل
بالتسمية صار اصلا من المبيع مقابلا ببعض الثمن لانه
لم يدخل الا بالشرط واما لو اثمر في يده ولم يشترط الثمر فياخذها
بكل الثمن عند هلاكه بالآفة السماوية لان الشفيع ياخذ
بما قامت على المشتري ومن قال ان هذا لا معنى له فهو
من خرافاته المعهودة حيث يتكلم عند وقوف فهمه
اه وياخذها الشفيع بكل الثمن في الثاني اي فيما
اذا اثمر في يده ولم يشترط الثمر لحدوثه اي الثمر بعد القبض
فلا يدخل عند الاخذ في البيع فلا يقابله شيء من الثمن حيث
لم يدخل الثمر الا تبعا وكان ابو يوسف رح يقول لا ولانه محلا
عنده من الثمن في الفصل الثاني ايضا لانه حال المشتري مع الشفيع

كان البايع مع المشتري قبل قبض المبيع ولو كان للبايع الثمر
الحادث بعد العقد سقطت حصته من الثمن فكذا هنا ثم
رجع الى ما ذكر في الكتاب من انه لا يسقط شيء من الثمن
لان الشفيع ياخذ بما قام على المشتري وهو قام عليه بجميع
الثمن بدون الثمر فيا خذ به وهذا لان الحادث من الثمر
بعد القبض لا حصة له من الثمن بخلاف ما اذا كان موجودا
عند العقد لانها تدخل قصدا في البيع ويحتاج
قبل القبض عند البايع لانها حدثت على ملك المشتري
ويكون لها حصة من الثمن اذا صارت مقصودة بورود
القبض عليها او بالاستهلاك ويسقط عنه حصتها من
الثمر بعد الجذاذ في الفصلين لما قررنا من زوال التبعية
بالانفصال قبل الاخذ زيلعي قال الشيخ رحمتي وظاهره
انها لو هلكت الحادثة بعد العقد قبل القبض في يد المشتري
بعد قبضها ثم اخذها الشفيع تسقط حصتها من الثمن
فتكون كالتي دخلت في البيع بالشرط بدليل قوله صارت
مقصودة فليحرر اه وفي الشرح ولو كان اشتراها مع الثمر
ثم اثمر في يده وهو من البايع او المشتري الثمر هلكت بعد
ذلك بغير فعل احد بان اصابه سيل ذهب به او نار
فاحترق فان ابا يوسف رح قال اذا هلك سقط لان ذلك قد
صار للمشتري فلا شفعة فيه فلا اباليه هلكت بفعل المشتري
او بغير فعله لان الثمرة لما انفصلت سقط حق الشفيع عنه
لانها كانت في الاصل منفصلة ولو كان المشتري قطع الارض
والنخل ولا ثمرة فيه ثم اثمر في يده ثم جاء الشفيع والثمر
متعلق بالنخل فله ان ياخذ الارض والنخل والثمر بالثمن
الذي وقع عليه البيع لا يزاد عليه شيء فان كان المشتري

لما حدثت الثمرة في يده جذها ثم جاء الشفيع وهي قائمة او قد
استهلكها المشتري ببيع او اكل فان الشفيع ياخذ الارض
والنخل بجميع الثمن ان شاء ولا سبيل له على الثمرة اه وهذه
المسالة الاخيرة من السراج مما تبين الفرق بان الثمر الحادث
في يد المشتري اذا جذه المشتري او استهلكه فلا ينقص ذلك
شيئا من الثمن بخلاف الحادث بعد العقد في يد البايع اذا جذه
المشتري او اجنبي تسقط حصته من الثمن فتنبه فان قضى
القاضي بعد طلب الشفيع الشفعة من المشتري بالشفعة
للشفيع ليس له اي للشفيع بعد القضا بها تركها شرح
وهبانية لتحويل الصفقة اليه اي الى الشفيع ولا يجوز له ابطالها
منفردا من غير مقتضي شرعا بخلاف ما قبل القضا فانه
ولو بعد الطلب يجوز تركها فان قلت ينافيه ما تقدم
من قوله اسقط بعضهم حقها بعد القضا ليس لمن بقي
اخذ نصيب التارك قلت جوابه ما تقدم من ان ذلك
محمول على ما اذا كان برضى المشتري فيكون بيعا من المشتري
وقدمنا انه حينئذ ينبغي ان يثبت حق الاخذ من المشتري
لثبوت شرائه من الشفيع المقضي له قال الشيخ الرحمتي
وقد مر كلاما مستوفي تتمة الطلب في بيع فاسد
انما يكون وقت انقطاع حق البايع اتفاقا لان في
اخذها قبل الانقطاع تقرير البيع الفاسد الواجب رفعه
اما بعد انقطاع حق الفسخ فقد تقرر وعجز كل عن
ابطاله فللشفيع حينئذ التملك حيث لم يعف فيه سقط
رحمتي وسياتي تقرير ذلك في الباب الاتي ان شاء الله تعالى
والطلب في هبة بعوض مشروط في العقد كالو قال
وهبت هذا لك على ان تعوضني كذا واجمعوا انه لو قال وهبت

هذا

هذا لك انه بيع اتفاقا [illegible]
شفعة بها ان وقعت في العقار [illegible]
ولا شيوع فيهما اي في البدلين لانه يعتبر بها [illegible]
ابتدا والشيوع في الهبة مانع من [illegible] المشروط [illegible]
فيما يقسم واما فيما لا يقسم كالحمام [illegible]
مشروط فهي صحيحة وتجري فيها الشفعة [illegible]
ما تقدم في الهبة وفي غاية البيان [illegible]
بنصف دار بعوض فلا شفعة فيها لان [illegible]
يقسم لا يجوز اه ثم انما يكون [illegible]
التقابض لانها بيع انتهاء وذلك يكون [illegible]
اي تقابض كل من العوضين كاملا [illegible]
العوض لا تثبت الشفعة وفي هذا [illegible]
قال انه ياخذه بالشفعة قبل التقابض [illegible]
عنده بشرط العوض بيع ابتدا وانتهاء [illegible]
فان اراد له لا ياخذ الشفيع وظاهر [illegible]
الموهوب له الدار الاجر منها او ياخذ [illegible]
دانقا فلا تثبت الشفعة للشفيع [illegible]
قالوا انما يثبت الملك للموهوب له اذا قبض [illegible]
الكل لا يثبت له الملك فلا ينقطع حق [illegible]
للواهب ان يرجع من غير قضا ولا رضى [illegible]
محمد نصا وفي المبسوط اذا وهب [illegible]
عوض الف درهم لم تقبض احد العوضين [illegible]
لم يسلم الشفيع الشفعة فهو باطل حتى اذا قبض العوض
الاخر له ان ياخذ الدار بالشفعة رحمتي عن الرملي
والطلب في بيع فضولي لدار لها شفيع او في بيع الدار كانت



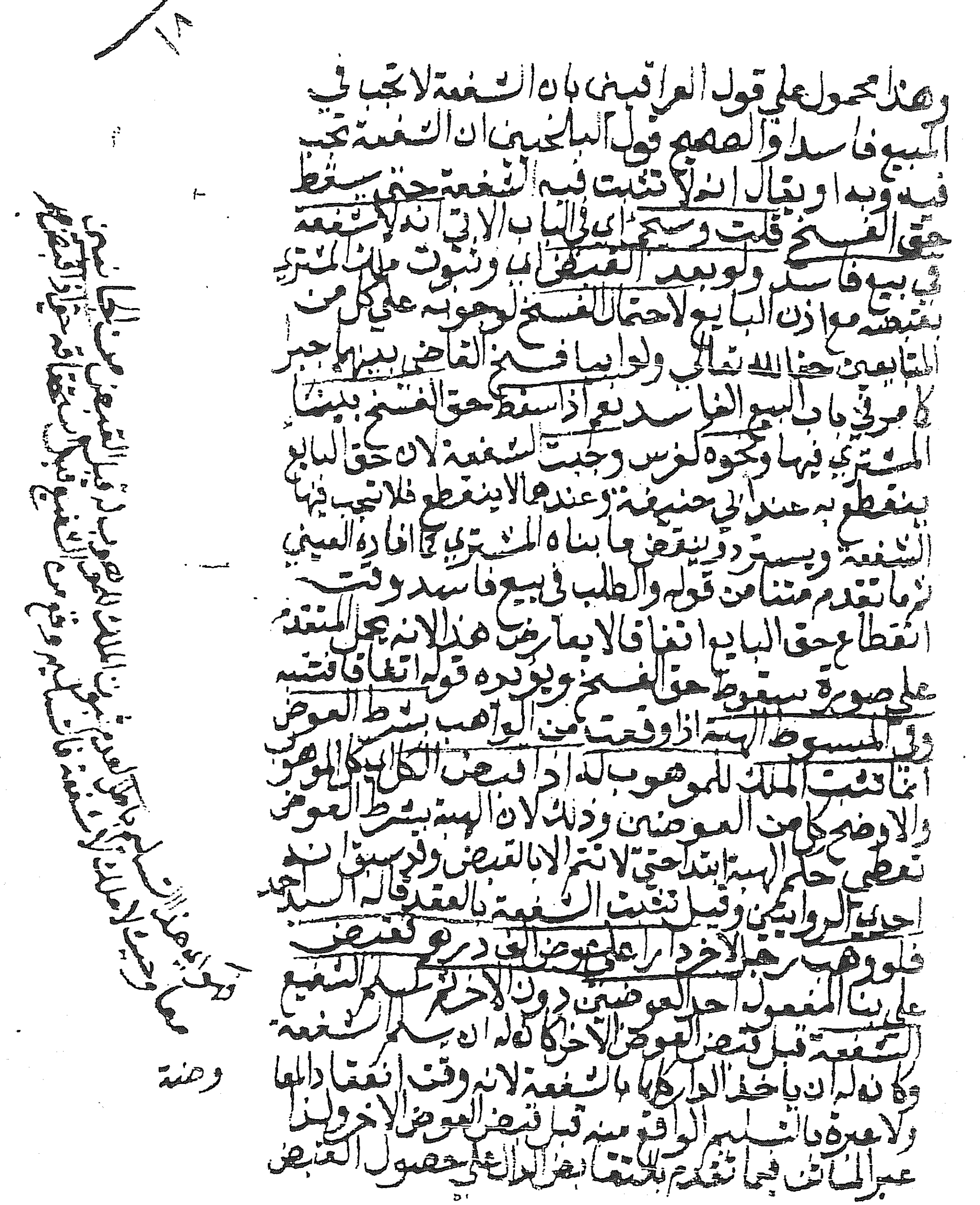
يختار يا يعني أيما يكون في كل منهما وقت البيع عند الثاني ومقتضى
ما قدمه في القضاء من تقديم قول أبي يوسف على قول محمد
أن يكون هذا هو المعتمد ووقت الإجازة أراد به ما يعم سقوط
الخيار عند الثالث وسيأتي تصحيح كل من القولين والخلاف
في وقت الطلب وأما الأخذ فبعد سقوط الخيار اتفاقا
والطلب إذا بيع العقار بخيار فشريا أيما يكون وقت البيع
اتفاقا كجحد من لا يرى الشفعة بالجوار كالشافعي مثلا
طلبها أي الشفعة بسبب الجوار عند حاكم أي قاض يراه
كالحنفي يقول القاضي الحنفي له أي للشافعي الطالب شفعة
هل تعتقدها الشافعي وجوبها أي الشفعة بالجوار أن قال
الشافعي الطالب نعم أعتقد ذلك أي الشفعة بالجوار حكم
القاضي الحنفي له أي لذلك الشافعي المدعي بها أي بالشفعة
والا أي وإن لم يقله أي الشافعي بأن سكت أو قال لا أعتقد
وجوبها لا يحكم القاضي بينه وبين خصمه وهذا أحد أقوال
ثلاثة وإنما اقتصر المصنف عليه لأنه أحسن الأقوال كما قاله
الحلواني الثاني لا يقضي له لأنه يزعم بطلان دعواه
الثالث يقضي له مطلقا لأن الحاكم الحنفي يرى وجوبها
وهو المشهور كما في المنح ولو كان للدار جاران أحدهما
غائب والآخر حاضر فخاصم الحاضر إلى قاض لا يرى
الشفعة بالجوار فأبطل شفعته ثم حضر الغائب فخاصمه
إلى قاض يرى الشفعة قضى له بجميع الدار ولو كان
القاضي الأول قال أبطلت كل شفعة التي تتعلق بهذه
الدار لم تبطل شفعة الغائب كذا قاله محمد رحمه الله وهو الصحيح
كما في البدائع فروع أخر الشفيع إيجاب
الطلب عند القاضي قال السيد أحمد لا وضع حذف

إيجاب

إيجاب وقال الشلبي قوله يجاب [illegible]
القاضي فإن الطالب عنده وهو [illegible] يتضمن إثبات
طلب المواثبة وطلب التقرير فلنفقط يجاب في محله [illegible]
القاضي المترافع إليه لا يراها بل يسقط نقضه [illegible]
بترك الطلب لمعنى معتبر قال شيخ [illegible] وهذا
بناء على سقوطها بتأخير طلب التملك [illegible] وتقدم
أن بتأخيره مطلقا لا تبطل الشفعة وبه يفتى [illegible]
المذهب ومن المعلوم أن عدم [illegible] القاضي [illegible]
إحضار الخصم لا يكون عذرا [illegible]
لدفعها اهـ ويؤيده بأنه حق [illegible]
والتقرير لا يسقط إلا بإسقاطه وهو [illegible]
الحقوق وعند أبي يوسف يسقط بترك [illegible]
القاضي مع القدرة على ذلك لأنه دليل الإعراض [illegible]
كما في تأخير الطلبين الأولين وعن محمد [illegible]
شهر لا يبطل وقد تقدم الكلام مستوفى [illegible]
عند الكل فيبيع لو طلب من القاضي [illegible]
سواء كان سلطانا أو لا [illegible]
القاضي أو من وجبت عليه الشفعة [illegible]
الطلب عند القاضي [illegible]
فهو مخرج على القول الآخر [illegible]
اليهودي فلا يكون معذورا في ترك [illegible]
شفعته لو أخرها وأخرجه [illegible] وهل لأحد [illegible]
فإنه ليس سبت اليهودي كالليل [illegible] الشفعة
من الفروع [illegible] درهم [illegible]
وباعه [illegible] المشتري الدار الذي [illegible]

اي طالب الشفيع بالشفعة قال الشيخ الامام ابو بكر بن
محمد بن الفضل اخذها اي ان اراد الشفيع ان ياخذها فانه
فلياخذها بخمسين درهما وهو نصف الثمن لان ثمنها
ينقسم على قيمة الارض يوم الشرا قبل رفع التراب وعلى
قيمة التراب المرفوع الذي باعه وهما سوا ثم يطرح عن الشفيع
قيمة التراب لكن التعليل لا يظهر الا اذا كانت قيمتهما سوا فعلى
هذا الاختلاف بين ما قاله ابو بكر بن الفضل وبين ما قال
القاضي علي السغدي فانه قال لا يطرح عن الشفيع نصف
الثمن وانما يطرح عنه حصة النقصان كما في الحائط اذا
ولو ليسها المشتري بعد ما رفع عنها التراب فاعادها كما كانت
قبل ان يحضر الشفيع ثم حضر الشفيع فللحوب لا تتفاوت
اي سقوط قدر النقصان عن الشفيع ولا يلزم الشفيع
اخذه لان الشفعة للمبيع وهذا ليس منه لا اصلا ولا تبعا
بل هو ملك للمشتري وعند ذلك يقال للمشتري ارفع
ما لبست فيها من عندها وهو ملكك الا ان يتراضيا على ترك
حاوي الزاهدي وكذا لو اعاد التراب الذي باعه لانه بالبيع
تعلق حق الشفيع بالاخذ بما بقي من الثمن وسقط حصته
من تملك التراب لزوال تبعيته بالانفصال فلا يملك
ابطال حق الشفيع رحمه قلت فلو اخرج ترابا من
الارض المشتراة وباعه بمائة مثلا واصلح الباقي باجزائها
الاصلية بحيث لم يورث نقصانا ولم ينقص تلك الاجزاء منها
فهل للشفيع ان ياخذها بالثمن لا يرجع وفيه البحث حاوي الزاهدي
شرى جدار الحصار وهو من الاحوال المجهولة فيفسد
البيع فان شفيع لتلك الدار اشترط ان يعطي الثمن
ويأخذها بالشفعة لانه اي المشتري ملكها ببيع فاسد فانه

وهذا



١٧١

وهذا محمول على قول العراقيين بان الشفعة لا تجب في
البيع فاسد والصحيح قول البلخيين ان الشفعة تجب
فيه وبه او يقال انه لا تثبت فيه الشفعة حتى يسقط
حق الفسخ قلت وسيجي اي في الباب الاتي انه لا شفعة
في بيع فاسد ولو بعد القبض له وثبوت ملك المشتري
بقبضه باذن البايع لاحتمال الفسخ لوجوبه على كل من
المتبايعين حقا لله تعالى ولو ابيا فسخ القاضي بينهما جبر
الامر في باب البيع الفاسد نعم اذا سقط حق الفسخ بينما
المشتري فيها ونحوه لغرس وجبت الشفعة لان حق البايع
ينقطع به عند ابي حنيفة وعندهما لا ينقطع فلا تجب فيها
الشفعة ويستر دو ينقض ما بناه المشتري كما افاده العيني
ثم ما تقدم منا من قوله والطلب في بيع فاسد وقت
انقطاع حق البايع اتفاقا لا يعارض هذا لانه يحمل المتقدم
على صورة سقوط حق الفسخ ويؤيده قوله اتفاقا فتنبه
ولا يسقط الهبة اذا وقعت من الواهب بشرط العوض
انما تثبت الملك للموهوب له اذا قبض الكل من الموهوب
والا وضح كل من العوضين وذلك لان الهبة بشرط العوض
تعطي حكم الهبة ابتداء حتى لا تتم الا بالقبض ولا تتم
احدى الروايتين وقيل تثبت الشفعة بالعقد قاله السيد
فلو وهب رجل لاخر دارا على عوض الف درهم وتقبض
على بنا المفعول احد العوضين دون الاخر ثم سلم الشفيع
الشفعة قبل قبض العوض الاخر كان له ان يسلم الشفعة
وكان له ان ياخذ الدار بالشفعة لانه وقت انعقاد العقد
ولا عبرة بالتسليم الواقع منه قبل قبض العوض الاخر ولذا
عبر الشارح فيما تقدم بقوله بعد الدار الى حصول القبض

هو ايه هذا التسليم باطل لعدم ثبوت الملك للموهوب له قبل القبض من الجانبين
معا وحيث لا ملك لا شفعة فالتسليم وقع من الشفيع قبل استحقاقه حق اد القبض

ومنه

من الاثنين اه وفي المبسوط ولو وهب رجلان من رجل دارا
على الف درهم وقبضا من الالف مقسومة بينهما وسلما اليه
الدار جاز ذلك وللشفيع فيها الشفعة لانعدام الشيوع
في الدار فالتملك فيها واحد وانعدام الشيوع في الالف حين قبض
كل واحد منهما نصيبه مقسوما ولو كانت الالف غير مقسومة
لم يجز في قول ابي حنيفة لان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع
صحة التفويض كما يمنع صحة الهبة والالف يحتمل القسمة
اه

باب ما تثبت هي اي الشفعة

فيه او لا تثبت لما ذكر تفصيل ما يجب فيه الشفعة
وما لا تجب بعد ذكر الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال
منح لا تثبت الشفعة قصدا اما الشفعة الغير القصدية
فتثبت في غير العقار كالبناء والغرس والشجر والثمرة الموجودة
عند البيع الداخلة فيه بالشرط والحادثة في يد المشتري
قبل انفصالها فان هذه الاشياء لوجود الاتصال فيها صورة
تؤخذ بالشفعة تبعا للعقار وكذا الرحى تبعا لبيتها وكذا
في النهر تبعا للارض الا في عقار ملك بتشديد اللام على
صيغة المجهول صفة لنحو عقار حموي وجوز السيد احمد
تخفيف اللام وهو الظاهر واحترز به عما لو رجع الى ملك البائع
بفسخ للبيع بخيار الرؤية والشرط مطلقا وبخيار العيب
قبل القبض مطلقا وبعده بقضاء فلا شفعة فيه للشفيع
لعدم حدوث الملك فيه المشير اليه لفظ الفعل الدال
على الحدوث بل هو عائد الى الملك الاصلي بالفسخ بعوض
خرج الهبة التي لم يشترط فيها العوض وكذا الارث وسيأتي
متنا عدم ثبوت الشفعة في ذلك هو مال خرج المهر لانه
بعوض اذ هو في مقابلة البضع وهو متقوم في حالة الدخول

لكنه

لكنه ليس بمال وهذا فيما لو جعل العقار مهرا لها واما لو
باعها العقار بالمهر المسمى عند العقد فتثبت فيه الشفعة
كما سيأتي وان لم يكن العقار المملوك يقسم خلافا للشافعي
فانه قال لا تجب فيما لم يقسم كالبئر والرحى والحمام والنهر
والطريق وهذا مبني على ان الشفعة تجب لدفع اجرة القسام
عنده فلا شفعة عنده فيما لا يقبل القسمة ولا يكون وعندنا
لدفع ضرر سوء العشرة على الدوام فيثبت في كل على قاعدته والنصوص
تشهد لنا لانها مطلقة فتتناول ما يقسم وما لا يقسم
كرحى اي بيت الرحى مع الرحى نهاية اه فسره بذلك لان الرحى
نفسها منقول لا تثبت فيها الشفعة الا تبعا لمحلها واشار
بذلك الى انه ليس المراد بعدم قبول القسمة انه لا يبقى
منتفعا به اصلا بل انه لا ينتفع به الانتفاع المعتاد فان
بيت الرحى لو قسم يمكن الانتفاع به بان يجعل دكانا
مثلا ويمكن ان تعمل رحى وفي تكملة الطوري على البحر ويدخل
في الرحى الحجر الاسفل دون الاعلى ونقله عن المحيط وحمام
وفي المحيط ويدخل في الحمام ما كان مركبا في بنائه دون
المنفصل كالقصعة وفي الظهيرية ولو اشترى بيتا ورحى
ماء فيه ونهرا ومتاعها فللشفيع الشفعة في البيت وفي
جميع ما كان من آلات الرحى المركبة ببيت الرحى لانها تابعة
لبيت الرحى وعلى هذا اذا اشترى الحمام فللشفيع ان يأخذ
بالشفعة الحمام مع آلاتها المركبة ببيت الرحى لانها تابعة لبيت
الرحى وعلى هذا اذا اشترى الحمام فللشفيع ان يأخذ بالشفعة
الحمام مع آلاتها المركبة من القدر وغيرها ولا يأخذ ما كان
من آلة البيت في المسألة الاولى ومن الحمام في المسألة الثانية
الا الحجر الاعلى من الرحى فانه يأخذه بالشفعة استحسانا وان لم

يكون مركبا اهـ ويبرهن يراد به محل جريان الماء الذي لا يقبل
القسمة وفي المبسوط واذا اشترى عينا او نهرا او بئرا بأصلها
فللشفيع فيها الشفعة وكذلك اذا كانت فيه عين او نفط
او موضع ملح اخذ جميع ذلك بالشفعة لوجود الاتصال
معنى الا ان يكون المشتري قد حاز ذلك الى موضعه فلا ياخذ
ما حمل منه اهـ وبيت صغير لا يقبل قسمة وهذا يرجع
للحمام وما بعده وكذا بيت الرحى لا تجب الشفعة في عرض
بالسكون قال في الصحاح العرض بالسكون المتاع وكل شيء
هو عرض سوى الدنانير والدراهم وبفتحتين حطام الدنيا
قال ابو عبيدة العروض الامتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن
ولا يكون حيوانا ولا عقارا اما ليس بعقار وهذا تفسير
مراد تشمل ما بعده من الفلك والبناء والنخل من عطف
الخاص على العام وقلت اورده مع دخوله في العرض بانه
للخلاف ولذا قال خلافا لمالك فانه قال تجب في السفينة
لانها تسكن كالعقار ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم
قال لا شفعة الا في ربع او حائط ولان الاخذ بالشفعة
ثبت بالنص على خلاف القياس في العقار فلا يجوز
الحاق المنقول به لانه ليس في معنى العقار وهذا لان
الشفعة انما شرعت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام وما
ينقل ويحول لا يدوم فلا يدوم الضرر فيه كما يدوم في
العقار ولان المنقول يشترى للبيع عادة ولمصلحة المالك
ثم يخرجه عن ملكه اذا قضى وطره ولا كذلك العقار وانما وجبت
في العلو لانه التحق بالعقار بما له من حق القرار ولا تجب
الشفعة في بناء ولا في نخل اذا بيعا قصدا بلا ارض
فان بيعا مع الارض تثبت الشفعة فيهما تبعا للارض ولو

مع حق القرار خلافا لما نقله ابن الكمال من ان البناء اذا بيع مع
حق القرار يلتحق بالعقار يعني فلا يعول عليه لمخالفته
المنقول كما افاده شيخنا الرملي وقد صرح الشارح في اول
كتاب الشفعة انه افتى شيخنا الرملي بعدمها تبعا للبزازية
وغيرها وقد تقدم ما فيه والفتوى على عدم الوجوب
فيما لو بيع على الارض المحتكرة بخلاف العلو حيث يستحق
بالشفعة ويستحق به السفل عليه لانه مجاوره وذلك اذا لم
يكن طريقه طريق السفل وان كان طريقهما واحدا
يستحق بالطريق الشفعة على انه خليط في الحقوق وهو
الطريق لان حق العلو يبقى على الدوام وهو غير منقول
فيتحقق به الشفعة زيلعي وسياتي فروع مهمة ذكرها
في فروع ذكرها في اخر الباب . ولا تجب الشفعة في ارث يعني
لو ملك رجل دارا ارثا فليس للشفيع المطالبة في الموروثة
لانه ملك بلا عوض ولان الشارع لم يشرع التملك بالشفعة
الا فيما تملك به المشتري صورة ومعنى او معنى بلا صورة
ولا يمكن ذلك اذا ملك بالارث ونحوه لعدم المثل نحو الارث
مولى تمليس (?) بمال وصدقة وهبة لا بعوض مشروط
بل كان بدون شرط فلم يكن في معنى البيع فلا توخذ
بالشفعة وفي محيط السرخسي ومن لا يجوز هبته بغير
عوض كالاب في مال ابنه والمكاتب والعبد التاجر اذا وهب
بعوض لا يصح ولا تجب الشفعة عند ابي يوسف وعند
محمد رح يصح وتجب الشفعة وفي المبسوط ولو اذا وهب
رجل دارا على ان يهبه الاخر الف درهم شرطا فلا شفعة للشفيع
فيه ما لم يتقابضا ان قال قد وصيت له بان يوهب له على
عوض الف درهم لهذا وما لو باشر الهبة بنفسه سوافي (?)

في الحكم وان وهب نصيبا من دار بشرط العوض وتقابضا
لم يجز ولم يكن فيه الشفعة عندنا ولذلك اذا كان الشيوع في
العوض فيما يقسم وان وهب دار الرجل على ان ابراه من
دين له عليه ولم يسمه وقبض كان للشفيع فيها الشفعة
وكذلك لو وصيا بشرط الابراء عما يدعي في هذه الدار الاخرى
وقبضها فهو مثل ذلك في الاستحقاق بالشفعة اه ولا في
دار قسمت لان القسمة ليست معاوضة مطلقا بل فيها
معنى الافراز ولهذا يجري في القسمة الجبر والشفعة لم تشرع
الا في المبادلة المطلقة وهي المبادلة من كل وجه او جعلت
الدار لمتملكها اجرة فانها ملكت بعوض هو منفعة لا مال
او جعلت الدار بدل خلع لانها ملكت بلا عوض فهو من
قبيل الهبة لان البضع في حال الخروج غير متقوم ولذا لو شهدا
عليه بالطلاق بعد الدخول ثم رجعا لم يضمنا شيئا او جعلت
الدار بدل عتق وصورته ان يقول لعبده اعتقتك
بدار فلان فوهب فلان الدار للعبد فدفعها الى المولى حموي
او جعلت بدل صلح عن دم عمد واحترز به عما لو صالح
بها عن دم الخطأ تجب الشفعة وقال قاضيخان ولا شفعة
في عقار يملك بالصلح عن القصاص في النفس او فيما دون
النفس اه او جعلت الدار بدل مهر والصواب مهرا
بالنصب لئلا يتسلط عليه لفظ البدل وليكون معطوفا
على اجرة اي او جعلت مهرا وفي خزانة المفتين ولو تزوجها
على الدار وعلى مهر مسمى ثم تصفت الدار مهرا فلا شفعة
وفي المحيط ولو تزوجها على مهر مسمى ثم باعها بذلك المهر دارا
تجب للشفيع فيها الشفعة ولو تزوجها على غير مهر وفرض
القاضي لها مهرا ثم باعها دارا بذلك المفروض تجب للشفيع

فيها

فيها الشفعة وفي الظهيرية اذا تزوج امرأة بغير مهر وفرض
لها داره مهرا وقال صالحتك على ان اجعلها لك مهرا وقال
اعطيتك هذه الدار مهرا فلا شفعة للشفيع في هذه الفصول
وفي الذخيرة رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهرا ثم دفع اليها
دارا فهذا على وجهين ان قال الزوج جعلتها مهرا فلا
شفعة فيها وان قال جعلتها بمهرك ففيها الشفعة وفي
المبسوط ولو زوج الرجل ابنته وهي صغيرة على دار فطلبها
الشفيع بالشفعة فسلمها الاب له بثمن مسمى معلوم بمهر
مثلها او بقيمة الدار فهذا بيع وللشفيع فيها الشفعة وكذلك
لو كانت الابنة كبيرة فسلمت فهو بيع وللشفيع فيه الشفعة
كذا نقله في الهندية ولعل المراد من قوله وللشفيع فيها شفعة
شفيع اخر لان الشفيع الذي سلم الاب له لم يستحق الشفعة
لكونه زوجها على دار ولكن حيث دفع الاب بقيمة الدار
او بمهر المثل انعقد بيعا فكان للشفيع مطالبة المشتري
من الاب بالشفعة والله تعالى اعلم او ان قوبل بعضها
اي بعض الدار بمال يعني لو تزوج امرأة على دار على
ان ترد المرأة عليه الفا فلا شفعة في شيء من الدار عند
ابي حنيفة رح لان معنى البيع تابع فيه بمعنى لانه
حيث جعل الدار مقابلة بالبضع والدراهم فكان معنى البيع
فيما قابل الدراهم تبعا لما جعل مقابلا بالبضع والشفعة
تختص بمعاوضة مال بمال لانها ثبتت بخلاف القياس
بالاثار في معاوضة مال بمال مطلق فيقتصر عليها وجاها
في حصة المال يعني قال ابو يوسف ومحمد تجب الشفعة
في حصة الالف وذلك بانه تقسم الدار على الدراهم ومهر
مثلها فيؤخذ بالشفعة ما قابل مهر مثلها وكذلك لو خالع

ذلك الدين وجنسه فهو بمنزلة اختلاف المشتري والشفيع
في الثمن ولا يلتفت الى قول الذي كان عليه الحق كما في المبسوط
دار بين ثلاثة نفر جاء رجل وادعى لنفسه فيها دعوى فصالحه
احد شركاء الدار على مال على ان يكون نصيب المدعي له لاصالح خاصة
فطلب الشريكان الآخران الشفعة فان كان الصلح عن اقرار
شركاء الدار بان اقر شركاء الدار بما ادعاه المدعي وصالحهم المدعي
واخذ منهم على ان يكون نصيب المدعي له خاصة كان لهم
الشفعة وان كان المصالح مقرا بحق المدعي وانكر الشريكان
الآخران حقه فالقاضي يسأل الشريك المصالح البينة
على ما ادعاه المدعي واذا اقام البينة على ما ادعاه المدعي
قبلت بينته لانه مقر انه قبلت بايعه فيما اشترى حتى
يثبت شراؤه واذا قبلت بينته صار الثابت بالبينة كالثابت
باقرار الشركاء وهناك للشريكين الآخرين حق الشفعة فههنا
كذلك واذا ادعى حقا في دار وصالحه المدعى عليه على سكنى
دار اخرى فلا شفعة للشفيع في الدار التي وقع الصلح عنها
كما في المحيط ولو كان ادعى دينا او وديعة او جراحة خطاء
فصالحه على دار او حائط من دار فللشفيع فيه الشفعة
واذا صالح من سكنى دار او وصية بها او خدمة عبد على بيت
فلا شفعة فيه ولو ادعى على رجل مالا فصالحه على ان يضع جذوعه
على حائط ويكون له موضعها ابدا او سنين معلومة ففي
القياس هذا جائز لان ما وقع عليه الصلح معلوم عينا
كان او منفعة ولكن ترك هذا القياس وقالوا الصلح باطل
ولا شفعة للشفيع فيها وكذلك لو صالحه على ان يمر فيه مسيل
مائه الى داره ليكن لجار الدار ان يأخذ مسيل مائه بالشفعة
ولو صالحه على طريق محدود معروف كان للجار الملاصق

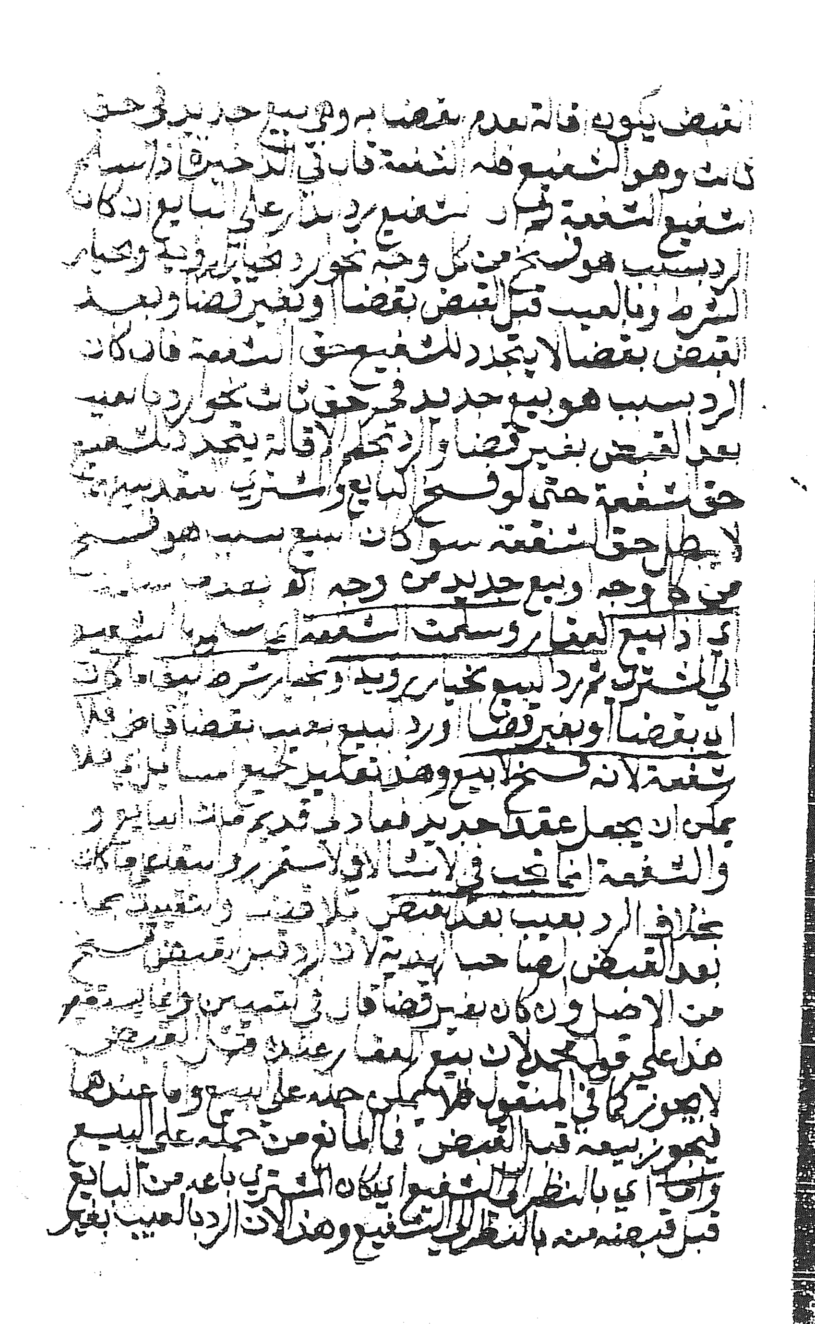
ان يأخذ ذلك بالشفعة وليس الطريق فيها كمسيل الماء
لان عين الطريق تملك فيكون شريكا بالطريق ولا يكون
شريكا بوضع الجذوع في الحائط والهداية ومسيل الماء كما في
المبسوط او دار بيعت عطف على جعلت اي لا تثبت الشفعة
في دار بيعت بخيار البائع احترز به عما بيعت بخيار الشفيع
وفي المنتقى عن محمد رح في الاملاء رجل اشترى دارا واشترط
الخيار للشفيع ثلاثا قال ان قال الشفيع امضيت البيع
على ان يأخذ بالشفعة فهو على شفعته وان لم يكن له بد
الشفيع الشفعة فلا شفعة له كما في التتارخانية ولو باع
داره على ان يضمن له الشفيع الثمن على المشتري والشفيع
حاضر وضمن جاز البيع ولا شفعة له لان البيع من جهة الشفيع
تم فلا شفعة له وكذلك لو اشترى المشتري الدار على
ان يضمن الشفيع له الدرك عن البائع والشفيع حاضر
فضمن جاز البيع ولا شفعة له كذا في شرح الطحاوي ولم
يسقط خياره لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه وبقاء
ملكه يمنع وجوب الشفعة لان شرط وجوبها ان يخرج عن
ملكه فان سقط خياره وجبت الشفعة فيه لوجوب
السبب وزوال المانع وان طلب عند سقوط الخيار في
الصحيح لان البيع انما صار سببا لافادة الحكم في ذلك الوقت
ووجوب الشفعة يتفرع على انقطاع حق المالك بالبيع
وهو يسقط به عنده وقيل وجبت الشفعة ان طلب
عند البيع وصح وفي الظهيرية يشترط الطلب والاشهاد
عند البيع حتى لو لم يطلب عند البيع جاز البيع بالاجازة وعند
مضي مدة الخيار فلا شفعة له في ظاهر الرواية وقال بعض العلماء
انما يشترط عند جواز البيع وهو رواية عن ابي يوسف ونظيره

الدار إذا بيعت ولها جار وشريك فالشفعة للشريك لا للجار
ولكن مع هذا يشترط الطلب من الجار عند البيع بخلاف بيع
الفضولي فإن الطلب عند إجازة المالك والفرق أن البيع
بالخيار منعقد تام ألا ترى أنه يعمل من غير إجازة أحد بل لو
عقد الفضولي اهـ وفي القهستاني يطلب بعد سقوط الخيار
وقيل عند البيع والأول أصح كما في الكافي والثاني الصحيح كما
في الهداية اهـ والظاهر أن العبارة مقلوبة لأن المصحح في
الهداية هو الأول فقد ثبت تصحيح كل من القولين ولكن
إن ثبت أن الثاني ظاهر الرواية لا يعدل عنه وقد ذكرت
مسائل وجوب الشفعة فيما لو بيعت بشرط خيار
المشتري قبيل قول الماتن في كتاب الشفعة وتستقر
بالإشهاد فتنبه أو بيعت أي بيعا فاسدا ولم يسقط
فسخه لأن البائع الفاسد قبل القبض لا يفيد الملك
للمشتري فيكون ملك البائع باقيا على حاله فلا يثبت للشفيع
فيه حق مع بقاء ملكه وبعد القبض وإن كان يفيده
لكن حق البائع باق فيها ألا ترى أنه يجب رفعه دفعا
للفساد ولهذا يحرم على المشتري التصرف فيها وفي إثبات حق
الشفعة تقريره فلا يجوز لأنه لو جاز يتحول ذلك الفساد بعينه
إلى الشفيع بخلاف ما إذا شرط الخيار للمشتري
حيث يأخذها الشفيع لخروجها عن ملك البائع ولم يبق
له فيها حق ولهذا جاز للمشتري التصرف فيها بخلاف
المشتري في البيع الفاسد وإن سقط حق الفسخ
كأن بنى المشتري فيها أي في المشتراة فاسدا تثبت الشفعة
لأن حق البائع ينقطع بالبناء عند أبي حنيفة وعندهما
لا ينقطع به فلا تجب فيها الشفعة عندهما وانقطاع حق

البائع في البيع الفاسد لا يختص بالبناء بل ينقطع أيضا
بإخراج المشتري إياه عن ملكه ببيع أو هبة أو جعلها مهرا على
ما عرف في البيع الفاسد كما مر قبيل الفروع المتقدمة على
باب الإقالة وكذلك مر في الفروع من قوله كما لو سقط
الفسخ ببناء إلخ أي عدم وجوب الشفعة في البيع الفاسد
قبل سقوط حق الفسخ فيما إذا وقع بيع فاسد في
الابتداء أما إذا فسد بعد انعقاده صحيحا فحق الشفيع باق
على حاله ألا ترى أن النصراني إذا اشترى من نصراني دارا
بخمر ولم يتقابضا حتى أسلما أو أسلم أحدهما أو قبض
الدار ولم يقبض الخمر فإن البيع يفسد وللشفيع أن يأخذ
الدار بالشفعة وإن فسد بيع المشتري إذا اشترى الدار
المشتراة شراء فاسدا ثم صارت ملكا له فبيعت دار
بجنب هذه الدار فله الشفعة فإن لم يأخذها حتى
حتى استرد البائع منه ما اشتراه لم يكن للمشتري أن يأخذ
بالشفعة فإن كان المشتري أخذها ثم استردها البائع
بحكم الفساد فالأخذ بالشفعة ماض كما في المحيط وإن اشتراها
شراء فاسدا ولم يقبضها حتى بيعت دار بجنبها فللبائع
أن يأخذ هذه الدار بالشفعة لأن الأولى على ملكه فلو لم
حتى ملكه الدار الأخرى ثم أسلمها البائع إلى المشتري قبل
علم بالشفعة بطلت شفعته ولا شفعة فيها للمشتري
لأن جواره حادث بعد بيع تلك الدار كذا في المحيط وفي مسكين
البائع بعد علمه لا تبطل كما في الهداية وفي الكافي ولو بيعت بجنب
دار شريت فاسدا فلا شفعة فيها أما قبل القبض فلبقاء ملك
البائع فيها وأما بعد القبض فلاحتمال الفسخ فإن بنى فيها
ينقطع حق البائع في الاسترداد وتجب على المشتري قيمتها



وجب للشفيع الشفعة فيها عند أبي حنيفة وعندهما لا ينقطع
حقه في الاسترداد فلا تجب فيها الشفعة وللشفيع أن يأمر
المشتري بهدم البناء فإن أخذها المشتري مسجدا فعلى هذا
الخلاف وقيل يبطل حقه إجماعا وفي القنية ولو سلم دارا
في مائة قفيز حنطة وسلمها فللشفيع الشفعة ولو لم
يسلم حتى افترقا بطل السلم والشفعة لأنه فسخ ولو تقايلا
بعد الافتراق والتسليم فله الشفعة لأنه ليس بفسخ
في حق الشفيع بل بيع جديد وردت الدار المشتراة بسبب
خيار رؤية أو بسبب خيار شرط كان لأحدهما بعد
أو بسبب خيار عيب بقضاء وقوله بقضاء متعلق بالأخير
وهو عيب فقط خلافا لما زعمه المص حيث قال متعلق
برد فإنه يشترط لها بالثلاثة وقد تبع المص في ذلك
الدرر ولذا قال الشارح تبعا للدرر وعبارته ورد
المبيع بخيار رؤية وشرط أو عيب بقضاء بعدما سلمت
يعني إذا بيعت وسلمت الشفعة ثم رد المبيع بأحد ما ذكر
بقضاء القاضي فلا شفعة له لأنه فسخ لا بيع اهـ قال
في الشرنبلالية قوله بقضاء يتعلق برد المقيد [illegible] في متنه
وكان يمكنه تصحيحه بتعليقه برد المقيد في قوله وعيب
بقضاء لكن يأباه تصريحه بعده يعني إذا سلمت الشفعة
ثم رد المبيع بأحد ما ذكر بقضاء القاضي فلا شفعة له لأنه
فسخ لا بيع بخلاف ما لو رد بلا قضاء اهـ فتصريحه بالأخذ
بالشفعة في رد بلا قضاء في الصور الثلاث خطأ في الرد بخيار
رؤية أو شرط لما قدمناه على أن القضاء في الرد بعيب ليس
بشرط لإبطال الأخذ بالشفعة مطلقا بل فيما بعد القبض لأنه
قبل القبض فسخ من الأصل كما في الكافي وغيره وفيما بعد



القبض يكون فإنه يعدم بقضاء به وفي بيع جديد في حق
ثالث وهو الشفيع فله الشفعة قال في الذخيرة إذا سلم
الشفيع الشفعة ثم إن المشتري رد الدار على البائع إن كان
الرد بسبب هو فسخ من كل وجه نحو الرد بخيار رؤية وخيار
الشرط وبالعيب قبل القبض بقضاء وبغير قضاء وبعد
القبض بقضاء لا يتجدد للشفيع حق الشفعة فإن كان
الرد بسبب هو بيع جديد في حق ثالث نحو الرد بالعيب
بعد القبض بغير قضاء والرد بحكم الإقالة يتجدد للشفيع
حق الشفعة حتى لو فسخ البائع والمشتري العقد بينهما
لا يبطل حق الشفعة سواء كان الفسخ بسبب هو فسخ
من كل وجه وبيع جديد من وجه [illegible]
أي إذا بيع العقار وسلمت الشفعة [illegible]
إلى المشتري ثم رد المبيع بخيار رؤية وبخيار شرط سواء كان
بقضاء أو بغير قضاء ورد المبيع بعيب بقضاء فلا
شفعة لأنه فسخ لا بيع وهذا التعميم صحيح [illegible]
يمكن أن يجعل عقدا جديدا [illegible]
والشفعة إنما تجب في الإنشاء لا في الاستمرار [illegible]
بخلاف الرد بعيب بعد القبض بلا قضاء [illegible]
بعد القبض [illegible]
من الأصل وإن كان بغير قضاء قال [illegible]
هذا على قول محمد لأن بيع العقار عنده قبل القبض
لا يجوز كما في المنقول فلا يمكن حمله على البيع وأما عندهما
يجوز بيعه قبل القبض فالمانع من حمله على البيع
وإنما هو بالنظر إلى الشفيع لما كان المشتري باعه من البائع
قبل قبضه منه بالنظر إلى الشفيع وهذا لأن الرد بالعيب بغير

فصار اقالة والاقالة بيع عند ابي يوسف مطلقا ما لم يتعذر جعله
بيعا وعند ابي حنيفة وان كان فسخا في حقهما لكن بيع جديد
في حق غيرهما فاما من جعله بيعا في حق الشفيع ولا يفترق
الحال بين ان يكون بعد القبض او قبله اهـ موضحا
قال ابو السعود وتعقبه الشلبي نقلا عن خط قارئ
الهداية ان الرد بالعيب قبل القبض فسخ في حق الكل حتى
كان له ان يرده على بائعه وان كان بغير قضا بمنزلة خيار
الشرط والرؤية فبطل بحثه اهـ اي بخلاف الرد للمبيع ما قاله
فان له ان لا شفيع تثبت الشفعة في الاقالة لان له اي للمشتري
الرد بعيب بلا قضا والاقالة بمنزلة بيع مبتدأ في حق الشفيع
وقال زفر لا تجب الشفعة لو ردها المشتري بعيب بلا قضا
او تقايلا البيع لان شفعته قد بطلت بالتسليم والرد بعيب
بغير قضا اقالة والاقالة فسخ لقصدهما ذلك والعبرة
لقصد المتعاقدين قلنا الاقالة مثبتة للملك بتراضيهما
كالبيع غير انهما قصدا الفسخ فيصح فيما لا يتضمن ابطال
حق الغير لان لهما ولاية على انفسهما فيكون فسخا في حقهما
ولا ولاية لهما على غيرهما فيكون بيعا جديدا في حق الشفيع
لوجود حد البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما
فتجدد له بها حق الشفعة زيلعي وهذا اذا كانت بلفظ
الاقالة فلو بلفظ مفاسخة او متاركة او تراد لم تجعل
بيعا اتفاقا كما مر في بابها وتثبت الشفعة للعبد
المأذون المستغرق بصيغة اسم الفاعل الذي استغرق
نفسه وماله بالدين وبصيغة اسم المفعول اي الذي استغرقه
الدين وقوله بالدين يصلح للامرين احاطة الدين
برقبته وكسبه ليس بشرط ابن كمال وهذا كالاعتراض على

ما في

ما تن في شرحه الاستغراق ليس بشرط [illegible]
باع المولى وبعد شفعته [illegible]
فلا يشترط وجود الدين اصلا كما في [illegible]
يعني لو باع السيد دارا بجنب دار المأذون [illegible]
فللمأذون المطالبة بالشفعة وتثبت الشفعة [illegible] للسيد
في مبيعه اي فيما باعه المأذون من الدار [illegible]
بناء على ان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء [illegible]
اي للسيد وللمأذون من الآخر [illegible]
والا فهو باطل فلا شفعة للمولى لان [illegible]
جاز الشراء تثبت الشفعة والمكاتب [illegible]
شفيعها فله ان يأخذ بالشفعة كان عليه دين [illegible]
ولو باع المولى دارا ومكاتبه شفيعها كان له الشفعة [illegible]
التتارخانية مكاتب مات عن وفاء ثم بيعت دار [illegible]
ورثته كتابته فلهم الشفعة [illegible]
تثبت جوارهم قبل البيع كذا في [illegible]
شريا اصالة او وكالة [illegible]
دار بين الثلاثة وللدار جار ملاصق فان بيعت [illegible]
احد الشركاء تثبت الشفعة للمشتري [illegible]
او وكالة وكذا تثبت للموكل اذا اشتراه الوكيل [illegible]
[illegible] للشريك الآخر [illegible]
او كان الموكل بالشراء شريكا في الدار [illegible]
فلهما جميعا تثبت الشفعة [illegible]
فلا شفعة للجار مع وجوده اي الشريك [illegible] قال الشيخ [illegible]
[illegible] طلب من [illegible] كما لو كان المشتري
شريكا في العين فليس للشريك في الحق والجار طلب معه ولو كان

عدد من يساويه قسمت الشفعة بينهما على حسب الرؤس
هذا اذا اشترى اصالة ولو شرى وكالة فانه بعد تمام العقد
يقول تملكتها بالشفعة اهـ وقال الشامي قوله وفايدته
الخ وبيان ذلك باع احد الشريكين في دار حصته من الاخر
فاشترى لنفسه او لغيره بالوكالة او باع احدهما حصته
لوكيل الشريك الاخر فجا الثالث وطلب الشفعة فان كان
شريكا قسمت بينه وبين المشتري في الاول وبينه وبين
الموكل في الثاني وان كان جارا فلا شفعة له مع وجود المشتري
او موكله لانه شريك مالم يسلم وفي القنية اشترى الجار دارا
ولها جار اخر فطلب الشفعة وكذا المشتري فهي بينهما نصفين
لانهما شفيعان قال ابن الشحنة فقوله وكذا المشتري اذا
طلب ولم يسلم للشفيع الاخر وعلى هذا لو جا ثالث قسمت اثلاثا
او رابع فارباعا ثم نقل عن الظهيرية لو سلم الجار المشتري
كلها للجار الاخر كان نصفها له بالشفعة والنصف بالشرى قال
الشرنبلالي وفيه تامل لقول الظاهرية انه شرا بالتعاطي
لانه تملك النصف بالشفعة جبرا على المشتري فاذا سلم
النصف الثاني برضاه فعله الاخر كان شرا اهـ من هذا وفي كلام
ابن الشحنة اشارة الى ان قول القنية فطلب الشفعة
المراد به انه لم يسلم الكل للاخر لا حقيقة الطلب فلا ينافي
ما قدمناه عن الخانية ان الاصيل لا يحتاج الى الطلب تامل
اهـ لا شفعة لمن باع اصالة او وكالة و لا شفعة ايضا
لمن بيع له اي وكل غيره بالبيع اي في بيع داره او لا شفعة
ايضا لمن ضمن الدرك عن البايع وهو شفيع فانه لا
يثبت له شفعة لان ضمان الدرك تقرير البيع فكان
كالبايع كما في الدرر والاصل ان الشفعة تبطل باظهار

الرغبة

الرغبة اي الاعراض عنها وذلك لانه في اخذه حينئذ بالشفعة
نقض لما تم من جهته ومن سعى في نقض ما تم من جهته
فسعيه مردود عليه لا باظهار الرغبة اي المحبة فيها كالوكيل
بالشرا والمشتري بنفسه فانه محقق ما تم من جهته
فروع رجل اوصى له بدار ولم يعلم حتى بيعت دار
بجنبها ثم قبل الوصية فلا شفعة له ولو مات قبل ان يعلم بالوصية
ثم بيعت دار بجنبها ثم فادعى الورثة شفعتها فلهم ذلك لان
موته صار بمنزلة قبوله كذا في الفتاوى الكبرى ولو اوصى برقبة
دار لرجل وبرقبتها لاخر فبيعت دار بجنبها فالشفعة لصاحب
الرقبة كذا في محيط السرخسي ولو ان رجلا اجر داره مدة معلومة
ثم باعها قبل مضي المدة واستاجرها شفيعها فالبيع موقوف
في حق المستاجر لقيام الاجارة فان اجاز المستاجر البيع
نفذ في حقه فكان له الشفعة لوجود سببها وان لم يجز
البيع لكن طلب الشفعة بطلت الاجارة وفي المبسوط
ولو اشترى نخلا ليقطعه فلا شفعة له وكذلك لو اشتراها
مطلقا وان اشتراها باصولها ومواضعها من الارض
ففيها الشفعة وكذلك لو اشترى زرعا او رطبة ليجزها
لم يكن في ذلك شفعة وان اشتراها مع الارض وجبت
الشفعة في الكل استحسانا وفي القياس لا شفعة في الزرع
ولو اشترى ارضا فيها شجر صغار فكبرت فاثمرت وكانت
فيها زرعا فادرك فللشفيع ان ياخذ جميع ذلك بالثمن
وفي الذخيرة ولو اشترى البنا ليقلعه فلا شفعة للشفيع
فيه فان اشتراه باصله فللشفيع فيه الشفعة ولو اشترى
نقض البايع من البنا وهو النقض فلا شفعة في هذه
والبيع فيه فاسد وكذلك لو كان البنا كله لانسان فباع

نصفه كذا في المبسوط واذا اشترى نخلا ليقطعها ثم اشترى
بعد ذلك الارض وترك النخل فيها فلا شفعة للشفيع في
النخل وكذلك لو اشترى الثمرة ليجزها والبناء ليهدمه ثم
اشترى الارض لم يكن للشفيع الشفعة كما في المبسوط ولو
اشترى اجمة فيها قصب وسمك يؤخذ بغير صيد
اخذ الاجمة والقصب بالشفعة ولم ياخذ السمك واذا
اشترى الرجل دارا او ارضا فسلم الشفيع الشفعة ثم ان
البايع والمشتري تصادقا ان البيع كان تلجئة ورد المشتري
الدار على البايع لا يتجدد للشفيع حق الشفعة لان بعد
تسليم الشفعة لم يبق للشفيع حق اصلا فاقرارهما لا ينقض
بطلان حقه فتثبت التلجئة باقرارهما فكان الرد بسبب
التلجئة فلا يتجدد به حق الشفيع وفي المنتقى رجل اشترى
دارا وقبضها وسلم الشفيع الشفعة ثم ان المشتري قال
انما كنت اشتريتها لفلان وقال الشفيع اشتريتها لنفسك
وهذا منك بيع مستقبل وانا اخذها بالشفعة بهذا البيع
فالقول قول الشفيع فان كان فلان غايبا لم يكن للشفيع
ان ياخذ الدار حتى يقدم الغايب وان برهن المشتري
على امر فلان له وقال انما اشتريتها له لم تقبل بينته
على ذلك حتى يحضر فلان كذا في المحيط ولو سلم الشفيع
الشفعة ثم جعل المشتري للبايع خيار يوم جاز وان
نقض البايع البيع في ذلك اليوم لا يتجدد ذلك للشفيع
حق رواه ابن سماعة عن محمد وروى الحسن عن ابي حنيفة
وابن سماعة عن ابي يوسف رح ان فيه الشفعة كذا
في محيط السرخسي رجل له دار غصبها غاصب فبيعت
دار بجنبها والغاصب والمشتري جاحدان الدار لصاحب

الشفعة

الشفعة ينبغي له ان يطلب الشفعة حتى اذا اقام البينة
على الملك تبين ان الشفعة ثابتة فاذا طلب خاصم الغاصب
الى القاضي ويخبر القاضي على صورة الامر فبعد ذلك
ينظر ان اقام البينة قضى له بالدار وبالشفعة في الدار
الاخرى لان الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة
وان لم يقم بينة حلفهما جميعا فان حلفا لا يقضي له
باحدى الدارين وان نكلا قضى له بالدارين وان حلف
الغاصب ونكل المشتري لا يقضي بالدار المغصوبة ويقضي
له بالشفعة وان كان على العكس لان النكول اقرار واقرار
كل مقر حجة في حقه خاصة كما في محيط السرخسي اذا
اشترى دارا ولها شفيع فبيعت دار الى جنب هذه
الدار فطالب بالشفعة وقضى له بها ثم حضر الشفيع
يقضي له بالدار التي بجواره ويمضي القضاء في الثانية للمشتري
ولو كان الشفيع جار الدارين والمسألة بحالها يقضى
له بكل الدار الاولى وبالنصف في الثانية كذا في الهداية
وروي عن ابي يوسف فيمن اشترى نصف دار ثم اشترى
اخر نصفها الاخر فخاصمه المشتري الاول فقضي له بالشفعة
بالشركة ثم خاصمه الجار بالشفعتين فالجار احق بالنصف
الاول ولا حق له في الثانية وكذلك لو اشترى نصفها
ثم اشترى نصفها ولو كان المشتري للنصف الثاني غير
المشتري للنصف الاول فلم يخاصمه فيه حتى اخذ الجار
النصف الاول فالجار احق بالنصف الثاني كما في المحيط
والاصل ان الشفعة انما تستحق بملك قايم وقت الشراء
لا بملك مستحدث لان السبب هو الاتصال بالملك فيستعين
قيامه واذا اخذ بكونه بمنزلة الاستحقاق فان كان بعضا

لا يثبت في حق كافة الناس وإن كان برضاه ثبت في حقهما
خاصة اشترى دارا بالغبن ونقدا ثمنها فادعى آخر وصالحه
المشتري على خمسمائة عن انكار ثم اخذ الشفيع من المشتري
بالبيع الاول ويرد المدعي ما قبض على المشتري لان القاضي
لما قضى بالشفعة فقد قضى بكون الدار ملكا للبائع فتبين
انه لا خصومة بينه وبين المدعي فظهر ان المدعي اخذ مالا لا بإزاء
لا بإزاء حقه ولا بإزاء دفع الخصومة فاستحق الصلح ولو
اخذ الشفيع بغير قضاء لا يرد لان الاخذ حصل بتراضيهما
وتراضيهما حجة في حقهما لا في حق غيرهما فيجعل كبيع جديد
جرى بينهما فلم يظهر انه لا خصومة بينهما كذا في محيط السرخسي
ولو ان رجلا ورث دارا فبيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة
ثم بيعت دار اخرى بجنب الدار الثانية ثم استحقت الدار
الموروثة وطلب المستحق الشفعة فانه يأخذ الدار الثانية
ويكون الوارث احق بالدار الثالثة هكذا ذكر القدوري
ولم يذكر ما اذا لم يطلب المستحق الشفعة وذكر في المنتقى ان الدار
الثانية ترد على المقضي عليه بالشفعة يعني الذي
كان اشتراها والدار الثالثة تترك في يد الذي هي في
يديه كذا في الظهيرية دار في يد رجل يدعي انه اشتراها
من فلان ونقده الثمن والدار تعرف لفلان وادعى فلان
انه وهبها للمدعي واراد ان يرجع في الهبة فالقول قول
قول فلان فان لم يقض القاضي للواهب بالرجوع حتى
حضر شفيع الدار فهو احق بالدار من الواهب فان لم يحضر
الشفيع وقضى القاضي بالرجوع للواهب فاذا قضى له
بالرجوع ثم حضر الشفيع نقض الرجوع وردت الدار على
الشفيع ولو كان صاحب اليد ادعى انه اشتراها من فلان

علي

على ان فلانا بالخيار ونقده الثمن وادعى فلان الهبة وتسليم
وحضر الشفيع اخذها بالشفعة وبطل الخيار لان صاحب
الدار لما اقر بالهبة والتسليم الى صاحب اليد فقد اقر بثبوت
الملك له واقراره بثبوت الملك له اسقاط فيه للخيار وصاحب
اليد مقر بالشراء فتثبت الشفعة باقرار صاحب اليد بالشراء
عند سقوط خيار صاحب اليد في الاصل اذا كانت الدار
في يد البائع وقضى القاضي للشفيع بالشفعة على البائع
فطلب الشفيع من البائع الاقالة فاقاله البائع فالاقالة
جائزة وتعود الدار الى ملك البائع ولا تعود الى ملك المشتري
ويجعل في حق المشتري كأن البائع اشترى الدار من الشفيع
وكذلك اذا كانت الدار في يد المشتري وقضى القاضي بالدار
للشفيع ثم قبل ان يقبض الشفيع الدار من المشتري
اقال بيع البائع صحت الاقالة وصارت الدار ملكا للبائع
في قول ابي حنيفة كذا في المحيط ولو مات الشفيع بعدما
قضى القاضي له بالشفعة قبل ان يقبض وقبل ان ينقد
الثمن كان الدار لورثته الشفيع بمنزلة البيع ولو مات
الشفيع بعدما اشترى الدار كانت الدار ميراثا لورثته
كذا في التاتارخانية **باب ما يبطلها** اي في بيان
الامور التي تبطل الشفعة وتأخير ابطالها عن الثبوت
مما لا يحتاج الى بيان وجه اعلم ان تسليم الشفعة
قبل البيع لا يصح وبعده يصح علم الشفيع بوجوب الشفعة
او لم يعلم علم من اسقط اليه هذا الحق او لم يعلم لان تسليم
الشفعة اسقاط حق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد
بالرد واسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط
والمسقط اليه كالطلاق والعتاق ومنها ترك طلب

المواثبة فور حال علمه بالبيع او في اخر مجلس علمه على القولين
وتركه بان لا يطلب الشفيع الشفعة في مجلس اخبار الشفيع
فيه بالبيع ابن كمال ثم لا يشترط علمه بثبوت الطلب له لما
في الخانية رجلان ورثا اجمة واحدهما لم يعلم بالميراث
فبيعت اجمة بجنبها فلم يطلب الشفعة فلما علم ان له فيها
نصيبا طلب الشفعة في البيعة قالوا تبطل شفعته والجهل
ليس بعذر اه وتقدم ترجيحه اي على القول بعدم
امتداده الى اخر المجلس وتقدم انه على الفور وان عليه
الفتوى او ترك طلب الاشهاد وهو ما يكون عند عقار
بعد طلب المواثبة وقد يستغنى به عن طلب المواثبة
كما لو علم بالبيع عند احد هذه الاشيا فطلب فانه يغني
عن الطلبين او ما كان عند ذي اليد الاولى ان يقول
او احد العاقدين لما تقدم انه يصح الاشهاد على المشتري
وان لم يكن العقار في يده وكذا على البايع وان لم تكن الدار
في يده استحسانا كما ذكره شيخ الاسلام لا يبطلها ترك
الاشهاد عند طلب المواثبة لان الاشهاد عند
طلب المواثبة غير لازم لكن الخصم لو انكر الطلب لا يلزمه
الا بالبرهان ولذا ينبغي للشفيع ان لا يعترف ببلوغ الخبر
الا في وقت حضور البينة لئلا ينكر خصمه طلب المواثبة
ويعجز عن اثباته لكنه اذا بلغه البيع لا يسكت عن الطلب
حتى لا يسقط حقه وعند وجود البينة يقول بلغني
الان فان حلفه على انه لم يترك طلب المواثبة جاز له
ان يحلف لوجود الطلب منه خلافا لما في الدرر قال
فيه يبطلها ترك طلب المواثبة او ترك الاشهاد عليه
ثم قال واما الاشهاد الثاني فبان يترك الاشهاد حين طلبه

حين

حين علم بالبيع قادرا عليه بان كان عنده رجلان او رجل
وامراتان فسكت ولم يشهدهما على طلبه فانه ابطل دليل
الاعراض اه وتعقبه الشرنبلالي بانه سهو لان الشرط في
طلب المواثبة الطلب فقط دون الاشهاد عليه كما سيذكره
اه قال السيد احمد وقد ظهر لي في طريق الجمع بين هذا
الكلام المتنافي انه ان كان وقت طلب المواثبة احد العاقدين
او كان عند الدار وتمكن من الاشهاد ولم يشهد عند طلب
المواثبة بطلت لاعراضه والا فلا يشترط الاشهاد الا استيثاقا
اليمين كما في جامع الفصولين بل يحل بعد طلب المواثبة الاشهاد
حتى اذا تراخى بطلت شفعته فتامل اه مع التقدير وبان
لم يسد احد فمه او يكون في الصلاة كما مر من انه يقول اشترى
فلان هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة
واطلبها الان فاشهدوا عليه ولو اخبر بالشفعة ليلا فاخر
الى الصبح ثم جا بطلب الشفعة فله ذلك قال القاضي علي
السغدي ان جا بعدما صلى الغداة صح كما في مختار الفتاوى
وسئل ابو بكر عمن سلم على المشتري ثم طلب الشفعة قال
تبطل شفعته كذا قاله الليث بن مساور وقال ابراهيم بن يوسف
رح لا تبطل كذا روي عن محمد رح وبه ناخذ كذا في حاوي الناطفي
وهو المختار كذا في الخلاصة والمضمرات ولو كان المشتري واقفا
مع الابن فسلم الشفيع على ابن المشتري بطلت شفعته
بخلاف ما اذا سلم على المشتري فانه سلم على احدهما بان قال
السلام عليك ولا يدرى على من سلم سئل الشفيع انه سلم
على الابن او على الاب فان قال على الاب لا تبطل شفعته وان
قال على الابن تبطل شفعته وان اختلفا فقال المشتري سلمت
على ابني وقد بطلت شفعتك وقال الشفيع سلمت عليك

فالقول قول الشفيع كذا في الذخيرة ولو اخبر ببيع الدار فقال
الحمد لله قد ادعيت شفعتها او سبحان الله قد ادعيت شفعتها
فهو على شفعته في رواية محمد كذا في البدايع سمع البيع فقال الحمد لله
قد طلبت شفعتها لا تبطل والمختار كما في الوجيز وقال الناطفي
على قياس قول سبحان الله او كيف اصبحت او لتقاصيت
اذا قال للمشتري حين لقيه اطال الله بقاك ثم طلب الشفعة
لا تبطل شفعته كذا في الظهيرية وكذا لو قال شفعة مرا اسمك
خواسنجم وبا فتم يعني الشفعة لي طلبتها ووجدتها فهو
على هذا كذا في الذخيرة ولو ساله عن حوايجه او عرض عليه
حاجة ثم طلبها بطلت شفعته وان ساله عن ثمنها فاخبره
به ثم طلبها بطلت شفعته كذا في المضمرات دار بيعت فقال
البايع او المشتري للشفيع ابرئنا عن خصومتك قبلها
ففعل وهو لا يعلم انه تجب له قبلها شفعة لا شفعة له
في القضاء وله الشفعة فيما بينه وبين الله تعالى ان كان
بحال لو علم ذلك لا يبريه كذا في المحيط ولو اخبر بالبيع وهو
في الصلاة فمضى فيها ان كان في الفرض لا تبطل شفعته وكذا
اذا كان في الواجب وان كان في السنة فكذلك لان هذه السنن
الراتبة في معنى الواجب سواء كانت السنة ركعتين او اربعا كالاربع
قبل الظهر حتى لو اخبر بعدما صلى ركعتين فوصل بها الشفع
الثاني لم تبطل شفعته لانها بمنزلة صلاة واحدة كذا
في البدايع وفي فتاوى اهل المسك وفي واقعات الناطفي اذا
علم بالبيع وهو في التطوع فجعلها اربعا او ستا فهو بمنزلة
لا تبطل شفعته قال الصدر الشهيد والمختار انه تبطل
لانه غير معذور كذا في الذخيرة والمحيط والمضمرات والكبرى
ولو بيننا ولو اخبر وقت الخطبة فلم يطلب حتى فرغ

الامام

الامام من الصلاة ان كان قريبا بحيث لا يسمع الخطبة لا تبطل
والا ففيه اختلاف المشايخ ولو كان اخره بعدها كان قعد
الاخيرة فلم يطلب حتى قرا الدعوات الى قوله ربنا آتنا في
الدنيا حسنة ثم سلم تبطل كذا في التترخانية وفي النوازل
اذا اراد ان يفتتح الصلاة مع الامام بجماعة فلم يذهب في طلبها
تبطل شفعته كذا في التترخانية ويبطلها ايضا الشفعة تسليمها
اي تسليم الشفيع الشفعة بعد البيع ولو قال الشفيع سلمت
شفعة هذه الدار كان تسليما صحيحا وان لم يبين احدا وكذا
لو قال للبايع سلمت لك شفعة هذه الدار في يد البايع كذا
في المحيط ولو قال للبايع بعدما سلم الدار الى المشتري سلمت
الشفعة لك صح استحسانا ولو قال سلمت الشفعة بسببك
او لاجلك صح تسليمه قياسا واستحسانا كذا في الخانية ولو
قال الشفيع للوكيل بشرا الدار سلمت شفعة هذه الدار لم
يبين احدا كان هذا تسليما صحيحا وكذا لو قال للوكيل
سلمت لك شفعة هذه الدار والدار في يد الوكيل صح التسليم
قياسا واستحسانا ولو قال ذلك الوكيل بعدما دفع الدار
الى الموكل صح تسليما استحسانا ولو كان المشتري وكيلا من غيره
بالشرا فقال له الشفيع سلمت لك شفعة هذه الدار خاصة
دون غيرك كان تسليما صحيحا للامر كذا في المحيط ولو قال الشفيع
لاجنبي ابتدا سلمت شفعة هذه الدار لك او قال اعرضت عنها
لك لا يصح تسليمه ولا تبطل شفعته قياسا واستحسانا ولو
قال لاجنبي سلمت الشفعة للموكل او قال وهبتها للموكل او قال
اعرضت عنها للموكل لاجلك وشفاعتك صح تسليمه للامر
وتبطل شفعته كذا في الخانية ولو قال الشفيع اجنبي سلم الشفعة
للموكل فقال قد سلمتها لك او وهبتها او اعرضت كان تسليما

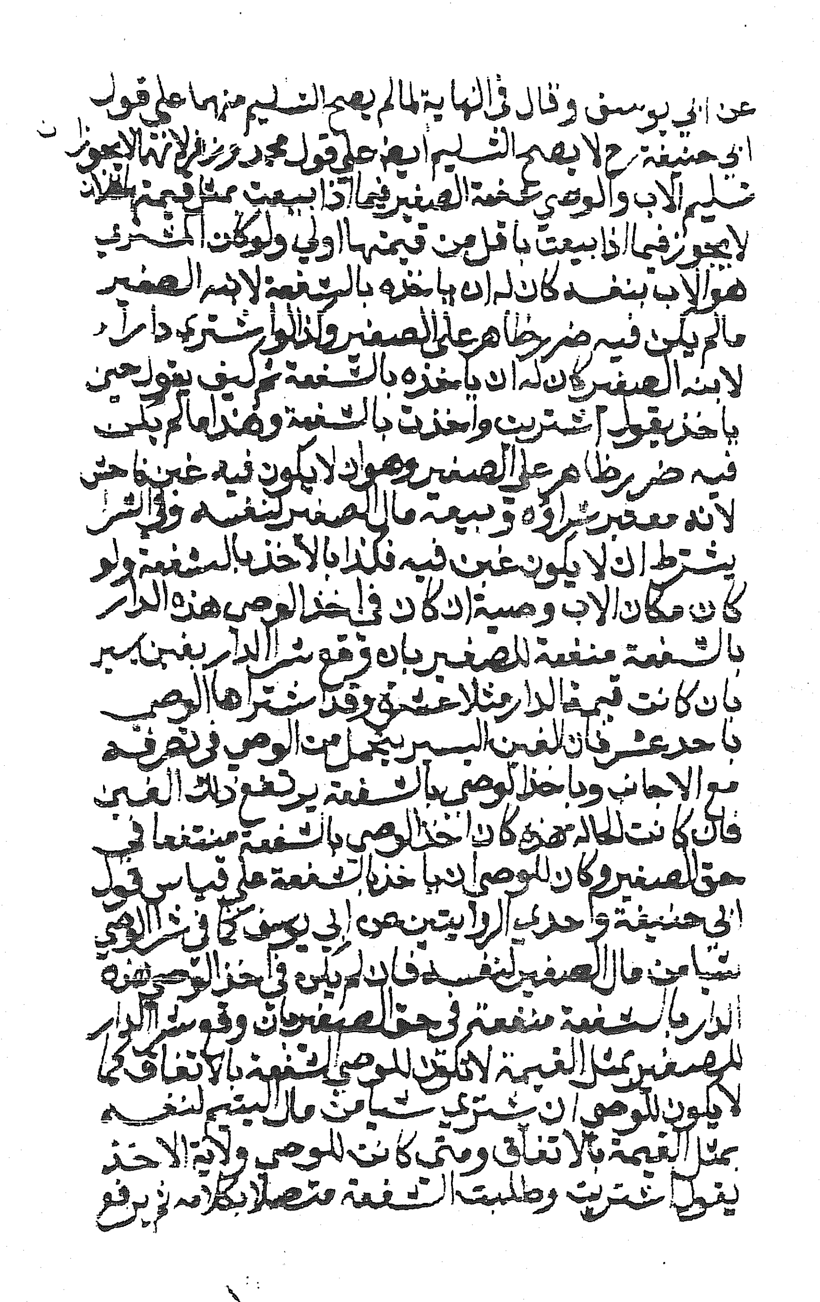
في الاستحسان لان الاجنبي اذا خاطبه بالتسليم لزيد فقال
قد سلمتها لك فان هذا الكلام خرج مخرج الجواب فصار كانه
قال سلمتها له لاجلك وان قال الشفيع لما خاطبه الاجنبي
قد سلمت لك شفعة هذه الدار او وهبت لك شفعتها او
بعتها منك لم يكن ذلك تسليما هذا كلام مبتدأ فلا ينطوي
تحت الجواب لاستقلاله بنفسه فلا يكون تسليما كما في السراج
رجل اشترى دارا ولها شفيع فقال اجزت البيع وانا اخذ بالشفعة
او قال رضيت بالبيع وانا اخذ بالشفعة او قال سلمت البيع
وانا اخذ بالشفعة وفي الفتاوى او لا حق لي فيها فهو على
شفعته اذا وصل فاذا فصل وسكت ثم قال انا اخذ ثم
بالشفعة فلا شفعة له كما في التترخانية سواء كان علم الشفيع
بان ذلك اللفظ بالسقوط اي يسقط الشفعة او لا يعلم
او ظن ان شفعته لا تسقط بنحو قوله سلمت الشفعة
وسواء علم ان له حق التملك بالشفعة او لم يعلم وسواء
علم المشتري ام لا لان تسليم الشفعة اسقاط ولهذا يصح
من غير قبول ولا يرتد بالرد واسقاط الحق يعتمد وجوب
الحق دون علم المسقط والمسقط اليه كالطلاق والعتاق
حتى وعلل في المنح المسالة الشفعة بانه لا يعذر بالجهل
بالاحكام في دار الاسلام اه وتعقبه السيد الحموي وقال
والاوضح ان يذكر فيما اذا سلمت لانه هو الذي يتوهم كون
الجهل فيه عذرا اما عند التسليم منه فلا وجه له وقال في
البدائع وما يبطل به حق الشفعة نوعان اختياري وضروري
والاختياري نوعان صريح وما يجري مجراه ودلالة اما الاول
نحو ان يقول الشفيع ابطلت الشفعة او اسقطتها او ابرأتك
عنها او سلمتها او نحو ذلك سواء علم بالبيع او لم يعلم بعد ان

كان

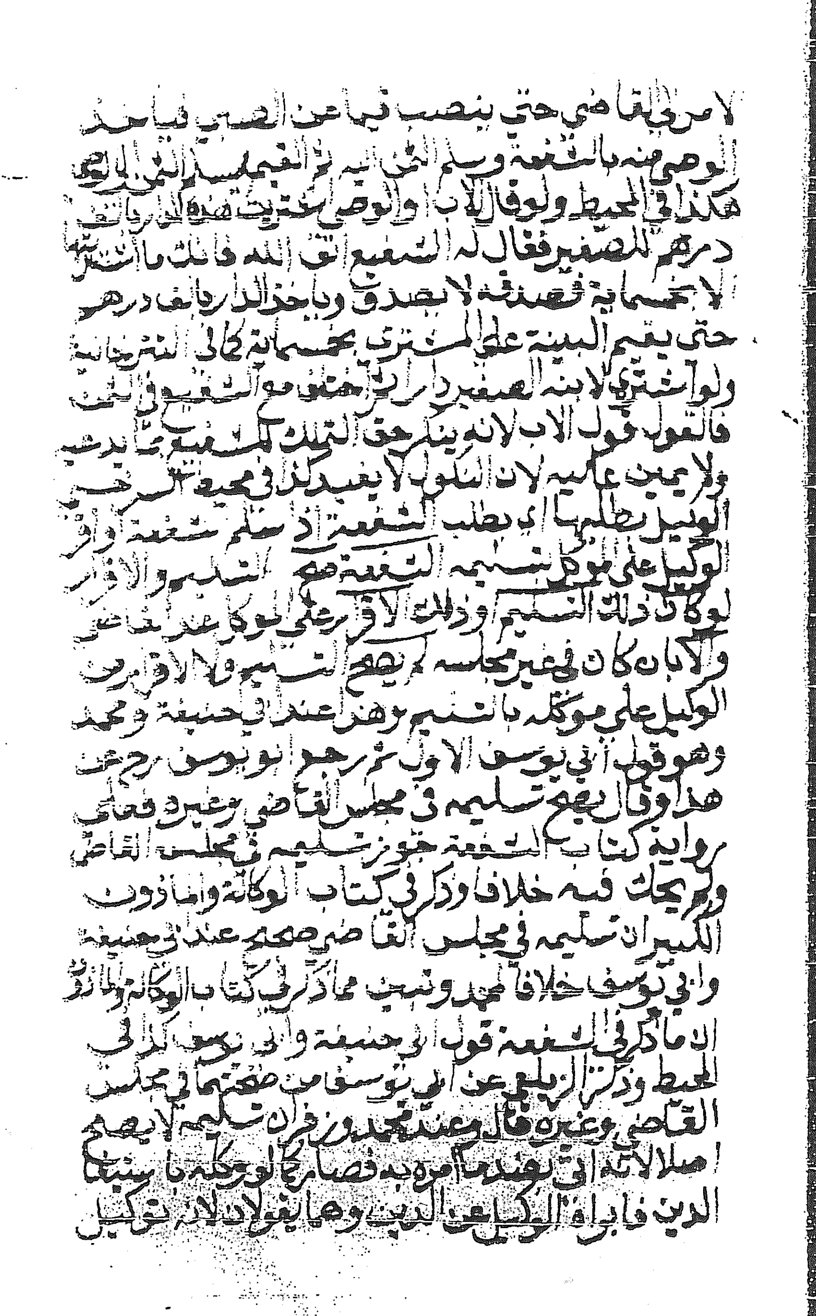
كان بعد البيع لان اسقاط الحق صريحا يستوي فيه العلم
والجهل بخلاف الاسقاط من طريق الدلالة فانه لا يسقط
حقه ثمة الا بعد العلم بالبيع واما الدلالة فهو ان يوجد من
الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشتري نحو
ما اذا علم بالشراء فترك الطلب على الفور من غير عذر او قام
من المجلس او تشاغل عن الطلب بعمل اخر على اختلاف
الروايتين فكذا اذا ساوم الشفيع الدار من المشتري او اخذها
مزارعة او معاملة وذلك كله بعد العلم اه فقط لا قبله
فان سلمها قبل البيع اسقاط الحق قبل وجوبه وهو لا يصح
كما مر في اول كتاب الشفعة ولو وصلية اي ولو وقع تسليم
من اب في شفعة وجبت لولده الصغير او وقع من وصي في
شفعة وجبت ليتيمه لم هو تحت وصايته صح ذلك التسليم
وفي المحيط واذا سلم الاب والوصي ومن بمعناهما شفعة الصغير
صح تسليمه عند ابي حنيفة وابي يوسف حتى لو بلغ الصبي
لا يكون له ان ياخذها بالشفعة سواء كان التسليم في مجلس القاضي
او في غيره وظهر من هذا ان الصغير كالكبير في استحقاق
الشفعة كما في المبسوط فان وضعت لاقل من ستة اشهر
منذ وقع الشراء فله الشفعة وان جات به لستة اشهر فصاعدا
منذ وقع الشراء فانه لا شفعة له لانه لم يثبت وجوده وقت
البيع لا حقيقة ولا حكما الا ان يكون ابوه مات قبل البيع وورث
الحمل منه حتى يستحق الشفعة وان جات بالولد لستة اشهر
فصاعدا لان وجوده وقت البيع ثابت حكما لما ورث من
ابيه ثم اذا وجبت الشفعة للصغير فالذي يقوم بالطلب
والاخذ من قام مقامه شرعا في استيفاء حقوقه وهو ابوه
ثم وصي ابيه ثم جده ابو ابيه ثم وصي جده ثم الوصي الذي نصبه

القاضي فان لم يكن له احد من هؤلاء فهو على شفعته اذا ادرك
فاذا ادرك فقد ثبت له خيار البلوغ والشفعة فاختار رد
النكاح او طلب الشفعة فاياما كان اولا يجوز ويبطل
الثاني والحيلة في ذلك ان يقول طلبتهما الشفعة والخيار واذا
كان له احد من هؤلاء فترك طلب الشفعة مع الامكان بطلت
الشفعة حتى لو بلغ الصغير لا يكون له حق الاخذ وهذا قول
ابي حنيفة وابي يوسف رح وفي محيط السرخسي اشترى
الاب دارا وابنه الصغير شفيعها فلم يطلب الاب الشفعة
للصغير حتى بلغ الصغير فليس للولد بعد ان ياخذها بالشفعة
لان الاب كان متمكنا من اخذها بالشفعة لان الشراء
لا ينافي الاخذ بالشفعة فسكوته يكون مبطلا للشفعة
ولو باع الاب دار نفسه وابنه الصغير شفيعها فلم يطلب
الاب للصغير الشفعة لا تبطل شفعة الصغير حتى لو بلغ
الصغير كان له ان ياخذها لان الاب هنا لا يتمكن من الاخذ
بالشفعة لكونه بائعا وسكوت من لا يملك الاخذ لا يكون
مبطلا واما الوصي اذا اشترى دار نفسه او باع داره
والصبي شفيعها فلم يطلب الوصي شفعته فالصبي على شفعته
اذا بلغ وهكذا في الذخيرة ايضا وفي المحيط ويجب ان يكون
الجواب في شراء الاب دار نفسه وابنه الصغير شفيعها
على التفصيل ان لم يكن للصبي في هذا الاخذ ضرر بان وقع
شراء الاب الدار بمثل القيمة او بالنقص من القيمة مقدار ما يتغابن
الناس في مثله لا يكون للصغير الشفعة اذا بلغ لان الاب لا يملك
التصرف في مال الصغير مع نفسه على وجه الضرر فلم يكن
الاب متمكنا في الاخذ في هذه الصورة فلا يكون سكوته مبطلا
للشفعة اهـ خلافا لمحمد وزفر فانهما قالا تسليم الشفعة

من الاب او الوصي لا يصح وهو على شفعته اذا بلغ الصبي لان هذا
ابطال لحق الصبي فلا يصح كالعفو عن قوده واعتاق عبده
وابراء غريمه وتصرفهما انما شرع دفعا للضرر وفي ابطال الشفعة
الحاق الضرر به ولهما ان الاخذ بالشفعة في معنى التجارة بل عينها
الا ترى انه مبادلة المال بالمال وترك الاخذ بها ترك التجارة
فيملك كما يملك ترك التجارة برد البيع عندما يقال للاب
بعتك هذا المال لابنك الصغير ويوضحه انه لو اخذه بالشفعة
ثم باعه من ذلك الرجل بعينه جاز وكذا اذا سلمه اليه بل
اولى لانه اذا اخذه ثم باعه منه كانت العهدة على الصبي
وفي الاول على البائع او على المشتري ولان هذا تصرف دائر
بين النفع والضرر فيحتمل ان يكون الترك انفع لبقاء الثمن
على ملك الصغير فيملكه كالاخذ بخلاف العفو عن القود
واخته لانه ضرر محض غير متردد الا انه ابطال بغير عوض
وهنا بعوض يعدله وهو الثمن فلا يعد ضررا وهذا الخلاف
فيما لو بيع العقار الذي كانت فيه شفعة الصغير وسلمها
الاب او الوصي بقيمته او اقل من قيمته اي بغبن يسير يتغابن
واما لو بيع باكثر من قيمته مما لا يتغابن الناس في مثله قيل
جاز التسليم بالاجماع لان النظر متعين فيه وقيل لا يجوز التسليم
بالاجماع وهو الاصح لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي
وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة
لا يصح تسليم الاب ولا الوصي ولا رواية له عن ابي يوسف
هكذا في الهداية وفي الكافي اذا سلم الاب شفعة الصغير والشراء
باقل من قيمته بكثير فعن ابي حنيفة انه يجوز ايضا لانه
امتناع عن ادخاله في ملكه لا ازالة عن ملكه فلم يكن تبرعا
وعن محمد انه لا يجوز لانه بمنزلة التبرع من ماله ولا رواية



عن ابي يوسف وقال في النهاية لما لم يصح التسليم منهما على قول
ابي حنيفة رح لا يصح التسليم ايضا على قول محمد رح لانه لا يجوز
تسليم الاب والوصي شفعة الصغير فيما اذا بيعت بمثل قيمتها فلان
لا يجوز فيما اذا بيعت باقل من قيمتها اولى ولو كان المشتري
هو الاب بنفسه كان له ان ياخذه بالشفعة لابنه الصغير
ما لم يكن فيه ضرر ظاهر على الصغير وكذا لو اشترى دارا
لابنه الصغير كان له ان ياخذه بالشفعة ثم كيف يقول حين
ياخذ يقول اشتريت واخذت بالشفعة وهذا ما لم يكن
فيه ضرر ظاهر على الصغير وهو ان لا يكون فيه غبن فاحش
لانه معتبر بشراه وبيعه مال الصغير لنفسه وفي الشرا
يشترط ان لا يكون غبن فيه فكذا بالاخذ بالشفعة ولو
كان مكان الاب وصيه ان كان في اخذ الوصي هذه الدار
بالشفعة منفعة للصغير بان وقع شرا الدار بثمن يسير
بان كانت قيمة الدار مثلا عشرة وقد اشتراها الوصي
باحد عشر فان الغبن اليسير يتحمل من الوصي في تصرفه
مع الاجانب وباخذ الوصي بالشفعة يرتفع ذلك الغبن
فان كانت الحالة هذه كان اخذ الوصي بالشفعة منتفعا في
حق الصغير وكان للوصي ان ياخذ الشفعة على قياس قول
ابي حنيفة واحدى الروايتين عن ابي يوسف كما في شرا الوصي
شيا من مال الصغير لنفسه فان لم يكن في اخذ الوصي هذه
الدار بالشفعة منفعة في حق الصغير بان وقع شرا الدار
للصغير بمثل القيمة لا يكون للوصي الشفعة بالاتفاق كما
لا يكون للوصي ان يشتري شيا من مال اليتيم لنفسه
بمثل القيمة بالاتفاق ومتى كانت للوصي ولاية الاخذ
يقول اشتريت وطلبت الشفعة متصلا بكلامه ثم يرفع



الامر الى القاضي حتى ينصب قيما عن الصبي فيا[خذ]
الوصي منه بالشفعة ويسلم الثمن اليه ثم القيم يسلم الثمن الى الصبي
هكذا في المحيط ولو قال الاب او الوصي اشتريت هذه الدار بالف
درهم للصغير فقال له الشفيع اتق الله فانك ما اشتريتها
الا بخمسماية فصدقه لا يصدق وياخذ الدار بالف درهم
حتى يقيم البينة على المشتري بخمسماية كما في المشتري لنفسه
ولو اشترى لابنه الصغير دارا ثم احضر مع الشفيع واختلفا
فالقول قول الاب لانه ينكر حق التملك للشفيع ...
ولا يمين عليه لان النكول لا يعتبر ... الرجل
الوكيل بطلبها اي بطلب الشفعة اذا سلم شفعة ...
الوكيل على موكله تسليم الشفعة صح التسليم والاقرار
لو كان ذلك التسليم وذلك الاقرار على موكله عند القاضي
والا بان كان في غير مجلسه لم يصح التسليم ولا الاقرار من
الوكيل على موكله بالتسليم وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع ابو يوسف رحمه الله عن
هذا وقال يصح تسليمه في مجلس القاضي وغيره وفي ...
رواية كتاب الشفعة يجوز تسليمه في مجلس القاضي
ولم يحك فيه خلافا وذكر في كتاب الوكالة واما دون
الكبير ان تسليمه في مجلس القاضي صحيح عند ابي حنيفة
وابي يوسف خلافا لمحمد ونسخ ما ذكر في كتاب الوكالة ...
ان ما ذكر في الشفعة قول ابي حنيفة وابي يوسف كذا في
المحيط وذكر الزيلعي عن ابي يوسف ان صحتهما في مجلس
القاضي وغيره وقال محمد لا يصح تسليمه ... لا يصح
اصلا لانه انما يعتمد ما امره به فصار كالوكيل بالخصومة ...
الدين فابراه الوكيل عن الدين وهما يقولان لانه توكيل

بالشراء لان الاخذ بها شراء والوكيل بالشراء له ان لا يشتري فكذا هذا
له ان يترك الشفعة غير ان ابا يوسف يقول هو وكيل مطلقا
فيستبد تصرفه مطلقا في مجلس القاضي وغيره وابو حنيفة
يقول ان الوكيل بطلب الشفعة وكيل بالخصومة ولا تعتبر
الخصومة الا في مجلسه فلا يكون وكيلا في غير مجلس الحاكم
وهذا الخلاف بينهما هو نظير الخلاف في اقرار الوكيل بالخصومة
على موكله ولم يحك في اقرار الوكيل بطلب الشفعة على
موكله بالتسليم خلاف محمد الا انه قال وقال زفر لا يجوز
مطلقا وهي مسالة اقرار الوكيل بالخصومة لكنه اي الوكيل
بتسليمه في غير مجلس القاضي او باقراره على موكله
في غيره يخرج من الخصومة لاعترافه انه لا حق له ولا
لموكله وسكوت من يملك التسليم وهو الاب والوصي
والوكيل بطلبها تسليم للشفعة لانه اعراض بالاجماع
زيلعي والوكيل بالشفعة اذا طلب الشفعة وادعى
المشتري التسليم على الموكل وطلب يمين الوكيل بالله
ما تعلم ان الموكل قد سلم الشفعة او طلب يمين الموكل
بالله ما سلمتني الشفعة فان طلب يمين الوكيل فالقاضي
لا يحلفه وان طلب يمين الموكل فالقاضي يقول له سلم
الدار الى الوكيل ليأخذها لموكله بالشفعة وانطلق
واطلب يمين الموكل واذا ادعى التسليم على الوكيل وطلب
يمينه فالقاضي لا يحلفه عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي
يوسف رح وكذلك اذا شهد شاهدان على الوكيل انه سلم
الشفعة عند القاضي فشهادتهما باطلة عند ابي حنيفة
ومحمد خلافا لابي يوسف وكذلك اذا شهد شاهدان عليه
انه قد سلم عند القاضي ثم عزله قبل ان يقضي عليه لم يجز

عند

عند ابي حنيفة ومحمد رح وعن [illegible] شهدت [illegible]
قد سلم الشفعة عند قاض وشهد قاض [illegible]
ويكون هذا بمنزلة اثبات التسليم عند القاضي [illegible]
وان شهد ابنا الوكيل وابنا الموكل ان [illegible] وكيل قد سلم
الشفعة اجزت شهادتهم ولا تجوز شهادة ابني الموكل
على الوكالة ولا شهادة ابني الوكيل كذا في مبسوط ولو وكله
بطلب شفعة في دار ليس له ان يخاصم في شفعة [illegible]
تتقيد بالتقييد وقد تتقيد الوكالة [illegible]
وكله بالخصومة في كل شفعة تكون له [illegible]
يخاصم في كل شفعة تحدث له [illegible] يخاصم في كل شفعة
واجبة له ولا يخاصم بدين ولا حق سوى الشفعة [illegible]
الوكالة الا في تثبيت الحق الذي يطلب به الشفعة [illegible]
وكل رجلا يطلب شفعة له فاخذها [illegible]
الدار شيئا فالوكيل ليس بخصم فيه ولو وجد [illegible]
له ان يطلب شفعة وله ان ينقض شفعة [illegible]
كذا في محيط السرخسي وان وكله بطلب شفعة [illegible]
الوكيل وقد غرق بناء الدار او احترق نخل الارض فاخذ
بجميع الثمن فلم يرض الموكل [illegible]
رد كذا في المبسوط ولو طلب المشتري من الوكيل بطلب
الشفعة ان يلتمس عنه مدة على انه على حجته [illegible] شفعته
كذا في محيط السرخسي وان مات [illegible]
يعلم صاحبه بموته فهو على شفعته فاذا مضى الاجل وعلم [illegible]
فلم يطلب ولم يبعث وكيلا اخر يطلب بها فلا شفعة له كما
كان الحكم في الابتداء قبل ان يبعث هذا الوكيل ومقدار المدة
في ذلك مقدار المسير من حيث هو على سير الناس كذا في

المبسوط ولا يصح توكيل الشفيع المشتري باخذ الشفعة
سواء كانت الدار في يده او في يد البايع كذا في المحيط ولو وكل البايع
بالاخذ بشفعة جاز ذلك في القياس وفي الاستحسان لا يجوز
ذلك واذا قال قد وكلتك بطلب الشفعة بكذا درهما
واحدة فان كان الشرا وقع بذلك او باقل فهو وكيل وان كان
بالاكثر فليس بوكيل وكذلك لو قال وكلتك بطلبها ان كان فلان
اشتراها فاذا قد اشتراها غيره لا يكون وكيلا واذا وكل رجلين
بالشفعة فلاحدهما ان يخاصم لا الاخر ولا ياخذ احدهما بدون
الاخر وان انكر احدهما الشفعة عند القاضي جاز على الموكل كذا
في المبسوط واذا وكل وكيلا باخذ الشفعة فليس للوكيل
ان يوكل غيره الا ان يكون الامر اجاز ما صنع فان اجاز ما صنع
ووكل الوكيل وكيلا واجاز ما صنع لم يكن لهذا الوكيل الثاني
ان يوكل غيره كذا في المحيط واذا كان لرجل شفعتان فوكل
رجلا واحدا باخذهما فسلم الشفعة احدهما عند القاضي
واخذها كلها للاخر فهو جايز وان قال عند القاضي قد
سلمت شفعة احدهما ولم يبين ايهما هو وقال انما
اطلب شفعة الاخر لم يكن له ذلك حتى يبين ايهما
سلم نصيبه ولايهما ياخذ كذا في المبسوط ولو وكل رجلا
ببيع داره فباعه بالف ثم حط عن المشتري مائة درهم
وضمن ذلك للامر ليس للشفيع ان ياخذها بالشفعة الا بالالف
كذا في محيط السرخسي اذا كان البايع وكيل الغايب فللشفيع
ان ياخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان
البايع وصيا للميت فيما يجوز بيعه كذا في السراج ولو قال المشتري
قبل ان يخاصم الشفيع اشتريت لفلان وسلم اليه ثم حضر
الشفيع فلا خصومة بينه وبين المشتري ولو اقر بذلك بعد

ما خاصم

ما خاصمه الشفيع لم تسقط الخصومة عنه ولو اقام بينة
انه قال قبل شرائه انه وكيل فلان تقبل بينته ويروى
عن محمد انه تقبل بينته لدفع الخصومة حتى يحضر المشتري
له كذا في محيط السرخسي ويبطلها اي الشفعة صلحه
اي المشتري مع الشفيع منها اي من استحقاقها على عوض
لترك الطلب لانه رضي باسقاطها اي بغير المشفوع او ببعضه
عن البيت كله ولا ببعضه لانه لو صالحه على بعضه كما
هو كما ياتي في هذه السوادة القريبة من قوله ولو صالح على
اخذ نصف الدار ويجب عليه اي على الشفيع رد العوض
لانه رشوة لان حق الشفعة ليس بمتقرر في المحل وانما هو
مجرد حق التملك فلا يجوز اخذ العوض عنه ولا يتعلق اسقاطه
بالجائز من الشرط كما اذا قال الشفيع سقطت شفعتي
فيما اشتريت على ان تسقط شفعتك فيما اشتريت او على
ان لا تطلب الثمن مني لكونه ملايما حتى لو تراضيا سقط حق
كل واحد منهما ومع هذا لا يتعلق اسقاط الشفعة بهذا
الشرط بل تسقط بمجرد قوله اسقطت بدون تحقق الشرط
فلانه لا يتعلق سقوطه بالشرط الفاسد وهو شرط الاعتياض
عن حق ليس بمال بل هو رشوة محض اولى فيصح الاسقاط
ويبطل الشرط زيلعي ولو قال الشفيع للبايع سلمت لك
الشفعة ان كنت بعتها لنفسك وان كنت بعتها لغيره
غيره لم يكن ذلك تسليما كذا في المحيط وان قال اجنبي للشفيع
صالحتك على كذا في تسليم الشفعة فسلم كان التسليم صحيحا
ولا يجب المال ولو قال صالحتك على كذا من الدراهم على ان تسلم
الشفعة ولم يقل لي فقبل الشفيع لا يجب المال على الاجنبي
ولا تبطل شفعته وان قال للبايع سلمت لك بيعها وفي المشتري

سلمت لك شراك بطلت شفعته واذا قال للاجنبي سلمت
لك شرا هذه الدار بكذا تسليما ولا تبطل شفعته كذا في الخانية
ويبطلها بيع الشفيع شفعته سوا باعها على المشتري او على
اجنبي لكن في الهندية عن فتاوى اهل سمرقند انه لو وهب
الشفيع الشفعة او باعها من انسان لا يكون تسليما لانه
اما انها رواية مرجوحة والصحيح ما ذكره المات كما نص على
صحته في المحيط واما انها تؤذن بالفرق بين ما باعها على المشتري
فيكون تسليما وباعها على غيره فلا يكون تسليما والله
تعالى اعلم بمال ولا يلزم المال لما بينا ولان البيع تمليك
مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فكان عبارة عن
الاسقاط فقط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها بخلاف
الاعتياض عن القصاص وملك النكاح واسقاط الرق
لان ملكه في هذه الاشيا متقرر في المحل وهذا يستوفيه
وينفرد به الا ترى ان للمولى ان يقتله قصاصا بغير قضا
ولا رضا نعلم ان حقه ثابت في المحل في حق القتل ولولا
ذلك لما تمكن من القتل بغير قضا ولا رضا فعلم ان نظير
ما نحن فيه ما اذا قال للمخيرة اختاري بالف او قال
العنين لامراته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت
سقط الخيار ولا يثبت العوض ولذا الكفالة بالنفس
في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي رواية اخرى لا تبطل
الكفالة ولا يجب المال وقيل في الشفعة كذلك حتى
لا يجب المال ولا تبطل الشفعة وقيل هذه رواية في
الكفالة خاصة ووجه الفرق بينهما على هذه الرواية
ان الشفعة تبطل بالاعراض دون الكفالة والاصح ان
الكفالة والشفعة يسقطان ولا يجب المال هذا اذا كان

بعد

بعد البيع واما قبل البيع فلا يسقط به لان اسقاط الحق
قبل وجوبه لا يصح وبعده يسقط بالاسقاط عالم
بالسقوط اولا لانه لا يعذر بالجهل بالاحكام في دار الاسلام
ولا يرتد بالرد لانه مجرد حق وانما قيدنا الكفالة بالنفس
لان كفالة المال يجوز الصلح عنها على مال سوا طلق
او شرط براة الاصيل او براة الاصيل والكفيل ويرجع
الكفيل بما ادى على الاصيل لو كفل بامره كما تقدم في بابها
بخلاف القود فان الاعتياض عنه جائز كالخلع فانه ايضا
اعتياض عن ملك النكاح والعتق على مال والكتابة
فانهما اعتياض عن اسقاط الرق وقدمنا الوكيل في ذلك
ولو صالح على اخذ نصف الدار بالنصف جاز ايضا
مقابلا ببعض الثمن بقدره حتى تنتفي الجهالة هكذا وذلك
بخلاف ما لو صالح على بيت من بيوت الدار المشفوعة بحصته
من الثمن فانه لا يجوز الصلح لجهالة الثمن عند الاخذ
اي لم يعلم ما يقابله الا بالحزر والتخمين وتقويم المقومين
ومثله من الجهالة يمنع صحة البيع ابتدا ولا يجوز الشفعة
بيتا من الشفعة وحينئذ لا يجوز الصلح لا تسقط الشفعة لانه
لم يوجد منه الاعراض وهذا ايضا بخلاف ما لو طلب
الشفيع النصف فان ذلك يبطل شفعته كما تقدم ويبطلها
اي الشفعة موت الشفيع قبل الاخذ بعد الطلب وقبله
ولا تورث عنه خلافا للشافعي فانه قال لا تبطل بموت
الشفيع ايضا لان هذا حق معتبر في الشرع كالقصاص
وحق الرد بالعيب ولنا انه مجرد حق وهو حق التملك
وانه مجرد راي وهو صفته فلا تورث عنه بخلاف القصاص
لان من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص

ولهذا جاز اخذ العوض عنه وملك العين يبقى بعد الموت
فاما لو اريد خلاف الشفعة لانها مجرد حق اذ هي مجرد الرأي
والمشيئة ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها وكذا لا يملك الرهن
ولان الشفيع يزول ملكه عن الدار التي يشفع بها ويثبت
الملك فيها للوارث بعد الموت وقيام ملك الشفيع في التي
يشفع بها من وقت البيع الى الاخذ بالشفعة شرط ولم يوجد
في حق الميت وقت الاخذ ولا في حق الوارث وقت البيع
فبطلت لانها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالملك
الزائل وقت الاخذ ولو مات الشفيع بعد القضاء اي بعد
ما قضى القاضي له بالشفعة قبل التسليم او قبل ان ينقد
الثمن لم تبطل الشفعة بل كانت الدار لورثة الشفيع لان
قضاء القاضي بالشفعة بمنزلة البيع ولو مات الشفيع و
بيعت الدار بعده كانت الشفعة لورثته لا للميت
لا يبطلها موت المشتري وكذا البائع خانية ولا تباع في
دين المشتري لبقاء المستحق وهو الشفيع ولو باعها
القاضي بعد موته او وصيه كان له نقضه زيلعي وفي
المحيط واذا مات المشتري والشفيع حي فله الشفعة
فان كان على الميت دين لا تباع الدار في دينه واخذها
الشفيع بالشفعة وان تعلق بالدار حق الغريم والشفيع
كما في المحيط ولو باعها المشتري في حياته او وقفها او وصى
فيها بوصية كان للشفيع ان ينقض تصرفاته كما مر
ولو اثبت الشفيع الشفعة بطلبين ومات فللوارث
اخذها بالشفعة كذا في السراجية ولو كان الشفيع قد ملكها
بتسليم المشتري اليه ثم مات يكون ذلك ميراثا لورثته
كما في السراج ويبطلها بيع ما يشفع به اي كله لما في الخانية

الشفيع

الشفيع بالجوار اذا باع الدار التي يستحق بها الشفعة الا شقصا
منها لا تبطل شفعته لان ما بقي يكفي للشفعة ابتداء فكذا
بقاء انتهى قبل القضاء بالشفعة مطلقا سواء علم
الشفيع ببيعها اولا لان سبب استحقاقه قد زال قبل
تملكه وكذلك لا فرق بين ان يكون عالما وقت بيعه داره
بشراء المشفوعة او لم يكن عالما لانه لا يختلف في الحالين
فصار كالتسليم الصريح فانه لا يختلف بين ان يعلم بالبيع
او لم يعلم وكذا ابراء الغريم لما ان ذلك اسقاط فلا يتوقف
على العلم كالطلاق والعتاق الا ترى انه لا يرتد برد المشتري
ولا يتوقف على قبوله ولا يختلف بين حضرته وغيبته وكذا
لا فرق بين ان يكون قبل الطلب او بعده واما بعد القضاء
تقدم به ملكه في كل شيء الا ما لم تورده عنه ولا تبطل
ببيع ما يشفع به وبقضاء دينه والاخذ بالتراضي كالقضاء
رحمتي ولذا يبطلها لو جعل الشفيع ما يشفع به مسجدا
او مقبرة او وقفا مسجلا در منتقى قبل القضاء بالشفعة
فان هذه الاشياء بمنزلة الازالة عن ملكه وقيد التسجيل
في الوقف اتفاقي فقبل التسجيل كذلك عندهما وعند
ابي حنيفة هو باق على ملكه فياخذه بالشفعة ولو
باع اي ما يشفع به بشرط الخيار لنفسه لا تبطل شفعته
لبقاء السبب اي سبب استحقاق الشفعة وهو ملكه
فيما يشفع به لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه
ويبطلها اي الشفعة شراء الشفيع من المشتري لانه
بالاقدام على الشراء من المشتري اعرض عن الطلب وبه
تبطل الشفعة فلمن دونه من الشفعاء ان كان الشفيع
الاول خليطا واشتراها من المشتري كان للجار الذي هو دونه

للخليط او كذلك لمن هو مثله بان كانا خليطين فاشترى
احدهما كان للثاني ان يأخذها اي الدار المشفوعة منه
اي من الشفيع المشتري بسبب الشفعة بالعقد الاول الذي
وقع بين البائع الاول والمشتري او بالعقد الثاني وهو
الذي جرى بين المشتري والشفيع واما اعراضه عن الاول
فظاهر وكذا عن الثاني وهو الذي باشره بنفسه لانه ما اشتغل له
بدعوى امكان اخذه منه بالشفعة جعل معرضا عن الاخذ بسببه
فلا يثبت له به حق لانه اعراض بخلاف ما لو اشترى الشفيع
من البائع ابتداء من غيره يثبت له فيها حق الاخذ حيث
لا شفعة حينئذ لمن دونه لان شراءه حينئذ لم يتضمن اعراضا
لانه مقبل على التملك وهو معنى الاخذ بالشفعة وانما اشتراه
لعدم التمكن من اخذها بطريق اخر ولا كذلك هنا وقال
العلامة مسكين في شرح قول الكنز ومن ابتاع او ابتيع
له فلا شفعة له اي تجب الشفعة للمشتري مطلقا سواء
اشترى اصالة او وكالة ولذا تجب الشفعة لمن وكل اخر بشراء
فاشترى لاجل الموكل والموكل شفيع كان له الشفعة وفائدته
انه لو كان المشتري او الموكل بالشراء شريكا وللدار شريك
اخر فلهما الشفعة ولو كان هو شريكا وللدار جار فلا شفعة
للجار مع وجوده اه ولذا يبطلها اي الشفعة ان استاجرها
اي استاجر الشفيع الدار المشفوعة من المشتري او ساومه
بيعا او اجارة بعد علمه بالبيع ملتقى ولو ساوم الشفيع
دارا وقد اشهد على طلبه وهو على شفعته تترخانية وطلب
الشفيع منه اي من المشتري ان يوليه عقد الشراء بيبيع
الدار المشفوعة منه بيع تولية وكذا بيع مرابحة او بيع وضيعة
فان الاعراض في جميع ذلك ظاهر وليس الغرض كلام الماتن

له بجعله

انه بجعله في جميع ذلك ظاهر متوليا للعقد بطريق الوكالة
فان الشفعة لا تبطل بهذا لكونه قبل العقد ثم ان هذا كله
داخل تحت المساومة وفي الذخيرة ولو قال المشتري اوليكها
بكذا فقال الشفيع نعم فهو تسليم وكذا لو طلبها مزارعة
او مساقاة بعد علمه بالبيع انتهى اي وضمن الشفيع الدرك
للمشتري وهذا مستدرك بما قررناه قال السيد احمد الحموي في هذا
الباب المعقود للمبطلات وقد مر قبيل هذا الباب وعلل الشقوق
في التبيين بقوله لان تمام البيع انما كان من جهته فالرضا
تم العقد به فلا يكون له ان ينقض ما تم من جهته فتبطل
الشفعة في الكل بدليل الاعراض زيلعي فروع ولو
استودعه او استوصاه او ساله ان يتصدق به عليه
فهو تسليم هكذا في التترخانية واذا قال المشتري للشفيع
انفقت عليها كذا في بنائها وانا اوليكها بذلك وبالثمن فقال
نعم فهو تسليم هكذا في الذخيرة ولا يصح تسليم الشفعة
بعد ما اخذ الدار بالشفعة ولا يصح التسليم في الهبة بعوض
قبل القبض كما في التترخانية واذا سلم الشفيع الشفعة في
بيعه بعوض بعد التقابض ثم تقايل البايع والمشتري انها كانت
بشرط عوض او كان بيعا فللشفيع ان يأخذها بالشفعة
واذا وهب رجل دارا على عوض الف درهم فقبض احد
العوضين دون الاخر ثم سلم الشفيع الشفعة فهو باطل
حتى اذا قبض العوض الاخر كان له ان يأخذ الدار بالشفعة
لانه اسقط حقه قبل الوجوب فان الهبة بشرط العوض انما
تصير كالبيع بعد التقابض وتسليم الشفعة قبل ثبوت
الوجوب باطل كما في المبسوط واذا وهب الشفيع الشفعة
او باعها من انسان لا يكون تسليما الا في رواية اهل مرو قد

وذكر شمس الائمة السرخسي في شرح كتاب الشفعة قبيل
باب الشهادة اذا باب الشفعة كان ذلك تسليما للشفعة
ولا يجب المال وهو الصحيح وقد تقدم متنا واذا سلم الشفيع
الشفعة ثم زاد بعد ذلك في البيع عبدا او امة كان للشفيع
ان ياخذ الدار بحصتها من الثمن واذا سلم الشفيع الشفعة
ثم حط البايع من الثمن فله الشفعة لان الحط يلتحق باصل
العقد كما لو اخبره بالبيع بالف وسلم فاذا البيع بخمسمائة
كذا في الذخيرة ولو قال الشفيع للبايع سلمت لك الشفعة
ان كنت بعتها من فلان لنفسك وقد باعها من غيره لم يكن ذلك
تسليما وفي فتاوى الفقيه ابي الليث رح اذا قال الشفيع للمشتري
سلمت لك شفعة هذه الدار فاذا هو قد اشتراها لغيره فهو
على شفعته وفي فتاوى الفضلي ان هذا تسليم للآمر والمختار
المذكور في فتاوى ابي الليث هكذا ذكره الصدر الشهيد وفي
الحاوي اذا قال المشتري اشتريتها لنفسي فسلم الشفيع
الشفعة ثم ظهر انه اشتراها لغيره قال محمد رح بطلت شفعته
وقال ابو يوسف لا تبطل كذا في المحيط واذا سلم الجار الشفعة
مع الشريك صح تسليمه حتى لو سلم الشريك بعد ذلك
شفعته لا يكون للجار الشفعة كذا في الذخيرة واذا وجبت
الشفعة للعبد المأذون فسلمها فهو جايز كان عليه دين او لا
وان سلمها مولاه جاز ان لم يكن عليه دين وان كان عليه دين
لم يصح تسليم المولى عليه كذا في المبسوط ولا يجوز تسليمه
بعد الحجر كما في التتارخانية وتسليم المكاتب شفعته جائز
وتسليم المريض شفعته جائز كما في المبسوط قيل للشفيع
انها بيعت بالف فسلم الشفيع الشفعة حين استكثر
الثمن ثم علم الشفيع انها اي الدار بيعت باقل من الالف

فهو

فهو على شفعته او قيل للشفيع انها بيعت بالف فسلم ثم علم
انها بيعت بمكيل او موزون قيمته الف درهم او علم انها بيعت
بعددي متقارب كالبيض والجوز قيمته الف درهم او اكثر
من الالف فله الشفعة باقية ولا يبطله التسليم السابق
في هذه الصور لان تسليمه كان في الصورة الاولى لاستكثار
الثمن وفي الباقية لتعذر الجنس ظاهرا فاذا تبين له خلاف
ذلك كان له الاخذ للتيسير وعدم الرضا على تقدير ان يكون
الثمن غيره لان الرغبة في الاخذ تختلف باختلاف الثمن
قدرا وجنسا فاذا سلم على بعض وجوهه لا يلزم منه
التسليم في الوجوه كلها خصوصا فيما اذا علم بعد التسليم
انها بيعت بمثلي فانه ياخذها الشفيع بمثله وقد يهون
عليه دفعه ويعسر عليه دفع النقود بخلاف تسليمها لما قيل
لم بيعت بالف لعسر تحصيله له ان ياخذها بالمثلي وان ساوى
الالف او زاد لتيسر تسليمه لانه في ملكه وربما لا يمكنه بيعه
لكساده ولو قيل للشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم
ثم بان اي ظهر انها اي الدار المشفوعة بيعت بدنانير
قيمتها الف من الدراهم او ظهر انها بيعت بعروض اي بقيمي
فيما اي كانت قيمة ذلك العروض المشتري بها الف من
الدراهم فقيده به لما في المحيط ولو اخبر ان الثمن الف فسلم ثم ظهر
ان الثمن شيء من ذوات القيم فلا شفعة له اذا كانت قيمة الثمن
اقل من قيمة الف درهم او فلا شفعة ثابتة للشفيع وهذا
قول ابي يوسف وهو استحسان والقياس ان يثبت له حق
الشفعة كما في الصور السابقة وهو قول ابي حنيفة وزفر
لان الجنس تختلف حقيقة وحكما ولهذا جاز التفاضل
بينهما في البيع وكذا الواجب على ان يقر بالدراهم فاقر بالدنانير

كان مختارا غير مكره ولو كانا جنسا واحدا لما صار مختارا
ووجه الاستحسان ان الدراهم والدنانير جنس واحد في الثمنية
وكلاهما فيه ولذا يضم احدهما الى الاخر في الزكاة وفيما اذا بيعت
بالعروض فالواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير فلا يظهر
فيه التيسير فلا يكون له الاخذ والفرق بينهما اي بين
العروض وبين البر والشعير والعددي المتقارب ان
هذا اي العروض قيمي وذاك اي البر والشعير والعددي المتقارب
مثلي فربما يسهل المثلي عليه اي على الشفيع وان لم يزد قيمته
عن الالف التي كان اخبر اولا ان الدار بيعت بها لكثرته وجوده
عنده وسهولة الدفع منه بخلاف الالف فربما تعسر عليه
نقده فلا يكون التسليم فيما تعسر شاملا لما تيسر ايضا وفي
البدائع ولو اخبر بالبيع بقدر من الثمن او جنس منه او من
فلان فسلم فظهر خلافه هل يصح تسليمه فالاصل في
جنس هذه المسائل ينظر ان كان لا يختلف غرض الشفيع
في التسليم صح التسليم وبطلت شفعته وان كان يختلف
غرضه لم يصح وهو على شفعته وفي المبسوط ولو اخبر
ان الثمن الف درهم فسلم ثم تبين ان الثمن مائة دينار
قيمتها الف درهم او اقل او اكثر فعندنا هو على شفعته ان
كان قيمتها اقل من الالف والا فتسليمه صحيح وفي المحيط
ولو اخبر ان الثمن شيء مما يكال او يوزن فسلم الشفيع
فاذا الثمن صنف اخر مما يكال او يوزن فهو على شفعته
على كل حال سواء كان ما ظهر مثل ما اخبر به او اقل او اكثر
من حيث القيمة وفي خزانة المفتين ولو اخبر ان الثمن
شيء من ذوات القيم فسلم ثم ظهر انه كان مكيلا او موزونا
فهو على شفعته وفي المحيط ولو اخبر ان الثمن شيء من ذوات

القيم فسلم ثم ظهر انه شيء اخر من ذوات القيم بان اخبر
ان الثمن دار فاذا الثمن عبد فجواب محمد رح في الكتاب
انه على شفعته من غير فصل قال الشيخ الامام المعروف
بخواهر زاده وهذا الجواب صحيح فيما اذا كان قيمة
ما ظهر اقل من قيمة ما اخبر به والتحرير [illegible] وغير صحيح
فيما اذا كان قيمة ما ظهر اقل من قيمة ما اخبر به او اكثر ولو
اخبر ان الثمن عبد قيمته الف او ما شبه ذلك من الاشياء
التي هي من ذوات القيم ثم ظهر ان الثمن دراهم او دنانير فجواب
محمد رح انه على شفعته من غير فصل وبعض مشايخنا
قالوا هذا الجواب محمول على ما اذا كان ما ظهر اقل من قيمة
ما اخبر واكثر فلا شفعة له ومنهم من قال هذا الجواب
صحيح على الاطلاق بخلاف المسألة الاولى ولو اخبر ان
الثمن عبد قيمته الف فظهر ان قيمته اقل من الالف فله الشفعة
وان ظهر ان قيمته الف او اكثر فلا شفعة له انتهى ولو علم
الشفيع بان المشتري للدار زيد فسلم الشفيع الشفعة
ثم بان اي ظهر انه كان المشتري بكر فله اي فيستحق الشفيع
الشفعة ولا يضره التسليم المتقدم لتفاوت الناس في
الاخلاق فمنهم من يرغب في معاشرته ومنهم من يجتنبه مخافة
شره فالتسليم في حق البعض لا يكون تسليما في حق غيره
ولو قيل له ان المشتري زيد فسلم ثم علم الشفيع ان المشتري
هو اي زيد مع غيره كعمرو كان له اي للشفيع ان ياخذ نصيب
غيره اي اخذ نصيب عمرو والشريك زيد لعدم وجود التسليم
من الشفيع في حقه اي في حق الشريك زيد ولو بلغه اي
الشفيع شراء النصف من الدار المشفوعة فسلم الشفعة
ثم بلغه اي ثم ظهر شراء الكل اي ان المشتري اشترى كل الدار

فله الشفعة في الكل ان سلم النصف وكان حقه في اخذ الكل
والكل غير النصف فلا يكون اسقاطه للبعض اسقاطا للكل
ولان التسليم لخوف ضرر الشركة ولا شركة وهذا التعليل
يستقيم في الجار دون الشريك والاول يستقيم فيهما وفي
عكسه بان اخبر الشفيع بشراء الكل فسلم الشفيع الشفعة
ثم ظهر بعد التسليم شراء النصف لا شفعة له على القياس اي
ظاهر الرواية لان التسليم اي تسليم الشفعة في الكل تسليم
في كل ابعاضه ولان رغبات الناس في الكل اكثر عادة من
رغباتهم في الاشقاص لخلو الكل عن عيب التشقيص فاذا
لم يرغب فيه فبالاولى ان لا يرغب في التشقيص بخلاف
عكسه وهي الصورة الاولى المذكورة متنا وقيل في المسالة
الاخيرة الشفعة ايضا لانه قد لا يتمكن من تحصيل ثمن الجميع
وقد يكون حاجته الى النصف ليتم به مرافق ملكه فلا يحتاج
الى الجميع وشيخ الاسلام مال الى هذا القول وحمل ما ذكره في
ظاهر الرواية على ما اذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل اما
اذا تبين له ان ثمن النصف مثل ثمن الكل بان اخبر انه اشترى
الكل بالف ثم ظهر انه اشترى النصف بخمسمائة فانه يكون
على شفعته ولو بلغه شراء الكل فسلم الشفعة في النصف
بطلت في الكل ولو طلب نصف الدار بالشفعة هل يكون
ذلك تسليما منه الشفعة في الكل اختلف فيه ابو يوسف
ومحمد قال ابو يوسف لا يكون تسليما للكل في الابتداء وهو
الاصح لان طلب تسليم النصف لا يكون تسليما للباقي
لا صريحا ولا دلالة كذا في محيط السرخسي ولو ان الشفيع
باع نصف داره او ثلثها او الربع ذلك بعد ان يسوم منه
شيء وما باع شائع فله الشفعة بما بقي كذا في السراجية

اذا ادعى

اذا ادعى رقبة المشفوعة انها له لا تسمع دعواه كذا في الخانية
فروع في استحقاق الشفيع كل المشتري او بعضه
رجل اشترى خمس منازل من رجل واحد في سكة غير
نافذة بصفقة فاراد الشفيع ان ياخذ منزلا واحدا قالوا
ان طلب الشفعة بحكم الشركة في الطريق ليس له ان ياخذ البعض
لانه تفريق الصفقة من غير ضرورة وان اراد الشفعة بحكم
الجوار وجواره في هذا المنزل الذي يريد اخذه لا غير كان
له ذلك كذا في الخانية ولو اراد الشفيع ان ياخذ بعض المشتري
دون بعض فان لم يكن بعضه متميزا عن البعض بان
اشترى دارا واحدة فاراد الشفيع ان ياخذ بعضها بالشفعة
دون البعض وان ياخذ الجانب الذي يلي الدار دون الباقي
ليس له ذلك بلا خلاف بين اصحابنا ولكن ياخذ الكل او
يدع لانه لو اخذ البعض دون البعض تفرقت الصفقة
على المشتري سواء اشترى واحد من واحد او واحد من اثنين
او اثنين حتى لو اراد الشفيع ان ياخذ نصيب احد البائعين
ليس له ذلك سواء كان المشتري قبض او لم يقبض في ظاهر
الرواية عن اصحابنا وهو الصحيح ولو اشترى رجلان من رجل
دارا فللشفيع ان ياخذ نصيب احد المشتريين في قولهم
جميعا سواء كان قبل القبض او بعده في ظاهر الرواية عن
اصحابنا لان الصفقة حصلت متفرقة من الابتداء فلا
يكون اخذ البعض تفريقا وسواء سمى لكل واحد نصف
ثمن على حدة او سمى الجملة ثمنا واحدا وسواء كان المشتري
عاقدا لنفسه او لغيره في الفصلين حتى لو وكل رجلان جميعا
واحدا بالشراء فاشترى الوكيل من رجلين كان للشفيع ليس
له ان ياخذ نصيب احد البائعين بالشفعة ولو وكل رجلين

١٩٦

فاشتريا من واحد فللشفيع ان ياخذ ما اشتراه احد الوكيلين وكذا لو كان الوكلا عشرة اشتروا الرجل واحد فللشفيع ان ياخذ من واحد او من اثنين او من ثلاثة قال محمد وانما انظر في هذا الى المشتري ولا انظر الى المشترى له وهو نظير صحيح وان كان المشتري بعضه ممتازا عن البعض بان اشترى دارين صفقة واحدة فاراد الشفيع ان ياخذ احدهما دون الاخرى فان كان شفيعا لهما جميعا فليس له ذلك ولكن ياخذهما جميعا او يدعهما وهذا قول اصحابنا الثلاثة سواء كانت الدارين متلاصقتين او متفرقتين في مصر واحد او في مصرين وان كان الشفيع شفيعا لاحدهما دون الاخرى ووقع البيع صفقة واحدة فهل له ان ياخذ الكل بالشفعة روي عن ابي حنيفة رح انه ليس له ان ياخذ الا الشي الذي يجاوره بالحصة وكذا روي عن محمد رح في الدارين المتلاصقتين اذا كان الشفيع جارا لاحدهما انه ليس له الشفعة الا فيما يليه وكذا قال محمد في الاقرحة المتلاصقة وواحدها يلي انسانا وليس بين الاقرحة طريق ولا نهر الا مسناة انه لا شفعة له الا في القراح الذي يليه خاصة وكذلك القرية اذا بيعت بدورها واراضيها ان للشفيع ان ياخذ الكل في ذلك كله بالشفعة قال الكرخي ورواية الحسن تدل على ان قول ابي حنيفة كان مثل قول محمد ثم رجع عنه وجعل كالدار الواحدة هكذا في البدائع ولو باع نصف دارين من رجل ليس له شفيع وقاسمه بامر القاضي فتقدم الشفيع ونصب البائع بين دار الشفيع وبين نصيب المشتري فكذا ان لا تبطل شفعته فان باع البائع نصيبه بعد القسمة قبل طلب الشفيع الشفعة الاولى ثم

طلب الشفيع فانه ينظر ان قضى القاضي بالشفعة الاخيرة جعلها بينهما نصفين لان المشتري قد صار جار النصف الباقي كالشفيع فاستويا فيه وان بدا فقضى بالاولى للاول قضى له بالاخيرة ايضا لانه لم يبق للمشتري الاول ملك كذا في محيط السرخسي وذكر في المنتقى قال اذا اشترى دارا بالف درهم ثم باعها بالفين فعلم الشفيع بالبيع الثاني ولم يعلم بالبيع الاول فخاصم فيها واخذها بالبيع الثاني على حاكم او بغير حكم ثم علم بالبيع الاول فليس له ان ينقض ما اخذه وبطلت شفعته في البيع الاول وكذلك لو باعها صاحبها بالف ثم ان نقضه المشتري ثم ردها ثم اشتراها منه الشفيع بالفين ولا يعلم بالبيع الاول ثم علم به لم يكن له ان ينقض شراءه كذا في المحيط ولو كان المشتري حين اشتراه بالف نقضه البيع ثم اشتراه بالفين فاخذ الشفيع بالثمن ولم يعلم بالبيع الاول ثم علم به لم يكن له ان ينقضه سواء كان بقضاء او بغير قضاء في البدايع ولو اشتراها بالف فزاده في الثمن الفا فعلم الشفيع بالثمن ولم يعلم بالالف فان اخذها بغير قضاء بطلت الزيادة وعليه الالف وان اخذ برضا كان الاخذ بمنزلة شراء مستانف لم يبق حق الشفعة كذا في محيط السرخسي ثم شرع على الماتن في بيان الحيل التي تمنع وجوب الشفعة للشفيع فقال وان باع رجل عقارا الا ذراعا مثلا المراد به شي يمنع الاتصال ولو كان قليلا لا ينبغي عليه النفس وقال في الدرر الا مقدار عرض ذراع او شبر او اصبع وطوله تمام ما يلاصق دار الشفيع اي في جانب حد الشفيع اي الجانب الذي يليه فلا شفعة له واجبة لعدم الاتصال اي لان الاستحقاق

بالجوار ولم يوجد الاتصال الذي هو سبب الاستحقاق
والقول بان نصب ذراعا سهو سهو هذا الغرض بصاحب
الدرر فانه قال وكذا لا تثبت فيما بيع الاذراعا وما وقع
في الوقاية من قوله الاذراعا بالنصب كانه سهو من الناسخ
اه قال الفتال وانما حكم الشارح بسهو ما في الدرر
لان ما قبل الا كلام تام موجب فيجب النصب سواء
كان الاستثناء متصلا او منقطعا وهنا من قبيل المنقطع
لان الذراع ليس من جنس العقار بل بينهما مناسبة
في الجملة لان الذراع من بعض مساحة العقار فوجب
نصبه على الاستثناء المنقطع ومثله نحو قام الخيل الا حمارا
ولا يقال جا القوم الا ثعبانا مثلا لعدم المناسبة بينهما
كما هو مقرر في كلام المحققين من النحويين فتامله اهو
وافاد الشامي بان النصب في عبارة المصنف واجب بلا
شبهة لانه استثناء من كلام تام موجب وكذلك في عبارة
الوقاية والدرر والاستثناء من ضمير بيع لامن الموصول
وهو كلام تام موجب ايضا لان النفي غير متوجه اليه
يوضحه لو اهانك جماعة الا زيدا منهم فقلت لا اكرم من
اهانني الا زيدا على ان زيدا مستثنى من الواو وقبل دخول النفي
لان المعنى من اهانوني الا زيدا لا اكرمهم وصار زيد كالمسكوت
عنه في حصول الاكرام وعدمه ولو جعله مستثنى من
الموصول بان كان من المهينين ايضا جاز فيه النصب
والرفع لانه من كلام تام غير موجب وصار محكوما عليه
بالاكرام قطعا وعبارة الدرر من قبيل الاول لان المعنى
ما بيع الاذراعا لا شفعة فيه ولو كان الذراع مستثنى
من الموصول لكان المعنى ان الشفعة تثبت فيه

ولا يخفى

ولا يخفى فساده قال فاغتنم هذا التحرير فقد زل فيه كثير
من الافهام كصاحب الدرر والعزمية ونوح افندي
وابي السعود وشيخه فلو نبهنا على جميع ما وقع منهم
لادى الى التطويل الممل اه وكذا لا شفعة للشفيع فيما
لو وهب البائع هذا القدر اي وهب قدر ذراع مما يلي
جانب الشفيع للمشتري سواء كان قبل البيع او بعده وقال
الشيخ الرحمتي هذا تتميم للمسألة الاولى اي اذا باع الاذراعا
ثم وهب ذلك الذراع فلا شفعة له في المبيع لعدم اتصاله
ولا في الهبة لانها لم تملك بالشرط المتقدم وهذا اذا كانت
الهبة بغير عوض مشروط بان وهب ذراعا من
جانب الشريك ولا فرق بين ان يكون ذلك قبل البيع
الباقي او بعده اه وقال في الاشباه والحيلة ان يهب
الدار من المشتري ثم هو يوهبه قدر الثمن اه قال
الحموي في حاشيته يعني ويشهد عليهما كل واحد
شاهدين فاذا فعلا ذلك لا تجب الشفعة لان حق
الشفعة يختص بالمبادلات والهبة اذا كانت بشرط
العوض لا تصير مبادلة من رد الموهوب له بالعيب
وغير ذلك وان لم تصر مبادلة تعينت هبة فلا تثبت
فيها الشفعة غير ان هذه الحيلة يتمكن بها بعض الناس
دون بعض لانها تبرع ومن الناس من لا يملك التبرع
كالاب والوصي والوكيل واما اذا كانت الهبة بشرط العوض
ففيها اختلاف الروايتين في ظاهر الرواية انها بمعنى
البيع ويثبت للشفيع فيها حق الشفعة وفي النوادر
انها ليست في معنى البيع ولا يثبت للشفيع فيها حق
الشفعة وفي بعض المواضع ذكر الخلاف بين ابي يوسف

والمتصل بالجوار فتثبت الشفعة اهـ وهذا ظاهره مخالف
لما قدمناه عن الحنفي والذي يظهر انه لو اشترى السهم
الاول باغلى ما يكون من الثمن تحيلا للشفعة ثم اشترى
الباقي بما بقي ثم حلفه الشفيع بان البيع الاول يعني في
السهم لم يكن بيع تلجية فان حلف فلا يبيع دون الشفيع
وان نكل لم يصح البيع في ذلك السهم واما في الباقي فلا
خفا في صحته وصيرورة ذلك السهم بين ملك الشفيع
وما اشتراه المشتري انتفت الشفعة في المشترك الباقي
بعد السهم وثبتت الشفعة في السهم لكل من الشفيع
والمشتري باعتبار ثبوت الجوار لكل واحد منهما وثبوت
المخالطة عند عدم التمييز للسهم المبيع للمشتري هذا
لو باعه مالك السهم بيعا اخر مبنيا تغاعلي غير المشتري
الاول ويتقدم الخليط على الجار المحض وهو الشفيع
الاول واما عند تمييز السهم المشتري اولا بنحو ذراع
من عشرة اذرع من الدار المبيعة وكان ذلك الذراع مما
يلاصق الشفيع فيشتركان فيه لانه ليس لكل واحد منهما
الا الشفعة بالجوار فقط والله تعالى اعلم وان ابتاعه
اي العقار المشفوع بثمن كثير اي وهو لا يستحق ذلك القدر
بان اشترى دارا تساوي مائة بالف ثم دفع المشتري
الى البايع ثوبا يساوي مائة عوضا عن الثمن وهو الالف
مثلا وقال خذ هذا الثوب ايها البايع بالالف التي بعتني
بها الدار فاخذه البايع فالشفعة يعني فالشفيع
اذا اراد ان يدعي الشفعة فانما ياخذ الدار بالثمن وهو
الالف لا بالثوب لان الثوب عوض عما في ذمة المشتري

فيكون

فيكون البايع مشتريا للثوب بعقد اخر غير العقد الاول
فلا يرغب الشفيع فيه اي في العقار المشترى لغلا ثمنه وهذه
حيلة تعم الشريك والجار حيث يبتاع العقار باضعاف
قيمته ويعطيه بها ثوبا قيمته قدر قيمة العقار لا قدر ثمنه
بخلاف الحيلتين السابقتين فانهما يختصان بالجار لكن
اي هذه الحيلة تضر بالبايع اذ يلزمه اي البايع كل الثمن
وهو الالف اذا استحق المنزل المشفوع بعد شرا المشتري
بالحيلة المذكورة يعني لو جاء رجل اخر وادعى على المشتري
الدار التي في يده بالشرا الموصوف وحكم القاضي بعد ثبوت
ملك المستحق بالبينة العادلة للمدعي الذي هو مستحق
فيرجع المشتري على بايعه بالالف لا بالثوب لان الالف
وجبت في ذمة البايع للمشتري واما الثوب فانما هو عوض
مستانف فانما تمت براة البايع عن ثمن الثوب الا بطريق
المقاصة بثمن العقار فاذا استحق تبين انه ليس عليه
ثمن العقار فاذا استحق تبين انه ليس عليه ثمن العقار
وبطل المقاصة فيجب على البايع الثمن كله ولا يوجب
بيع دراهم الثمن بدينار ليبطل الصرف اذا استحق المشتري
يعني انه لما باع الدار التي قيمتها عند التجار مائة الف
درهم فيدفع المشتري الى البايع بدل الالف الدرهم عشرة
من الدنانير فيكون صرفا للالف التي يلزمه المشتري
بالدنانير العشرة والتفاضل عند اختلاف الجنس غير
مانع من جواز الصرف ثم اذا استحق الدار سقطت الدراهم
عنه الدراهم الكثيرة وهي الالف المجعولة ثمنا فبطل صرف
الدنانير لانه تبين انه دفعها ولم يقبض عوضها وشرط
صحة الصرف التقابض في المجلس فاذا بطل الصرف

رجع المشتري على البائع بالدنانير العشرة وحيلة اخرى
انه لما باع الدار بالف درهم وهي تساوي مائة درهم فيدفع
اليه المشتري تسعين درهما ويعطيه دينارا بتسعمائة درهم
وعشرة دراهم فيصير الدينار صرفا بالتسعمائة والعشرة
فاذا استحق المشفوع يرد ما قبضه كله يعني الدينار على انه
بدل عن العقار المستحق والدينار لبطلان الصرف وحيلة
اخرى احسن واسهل وهي المتعارفة في الامصار درهما
الماتن بقوله وكذا لو اشترى المشتري العقار المشفوع
بدراهم معلومة بوزن او اشارة مقرونة مع قبض فلوس
اي بقبض فلوس بيده وقد اشير اليها يعني قال المشتري
للبائع اشتريت دارك بهذه الدراهم وهذه الفلوس والحال
انه جهل قدرها اي عدد الفلوس وضيع البائع الفلوس
قبل عدها او تحقق قدرها بعد القبض في المجلس قال
السيد احمد لا نظهر تعلق قوله في المجلس بضيع لان
المدار على عدم الوقوف على مقدارها ولو تلفت ولا يظهر
تعلقه بالقبض ايضا لانه لو قبضها بعد المجلس وقد
تعذر الوقوف عليها فكذلك ولم يذكر المجلس في المنح
ولا في الدرر اهـ وانما تنتفي الشفعة بما ذكر لان معلومية
الثمن بالاشارة حال العقد مصحح للشراء وجهالة الثمن
حال الشفعة تمنع الشفعة در قلت ونحوه في
المضمرات افاده الشارح تبعا لما قال في المنح وذكر هذه
منلا خسرو في شرح الدرر والغرر قلت لم اتفق على
هذه الحيلة في غير الكتاب المذكور لكن تعارف الناس
في الامصار ذلك لابطال الشفعة لكنهم يجعلون بدل
الفلوس خاتما معلوم العين مجهول المقدار وينبغي

ان الشفيع

٢٠٠

ان الشفيع لو قال انا اعلم قيمة الفلوس ودفع لي الفلوس
الذي دفعها المشتري في الثمن كذا اي قدرها كان له ان ياخذها
بالدراهم وقيمتها اي قيمة الفلوس كما لو اشترى رجل
دارا بعرض اي بشيء قيمي او عقار فانه في تلك الصورة كان
للشفيع اخذها بقيمته كما مر في باب طلب الشفعة حيث
قال وفي الشراء بالقيمي بالقيمة اي يوم الشراء وفي بيع عقار بعقار
ياخذ الشفيع كلا من العقارين بقيمة الاخر اهـ قاله المصنف
قال في المنح ثم رايت في المضمرات ما يوافق ما نقلته عن منلا خسرو
حيث قال من كتاب الشفعة ذكر من جملة الحيل المسقطة
للشفعة ان يشتري الدار بثمن مجهول او يشتري بعضها بثمن
معلوم وبعضها بثمن مجهول ثم يستهلكه من ساعته
وهذا مثل ان يجعل الثمن او بعضه صبرة حنطة او شعير
او نحوها فيخلطها في صبرة اخرى قبل ان تصير معلومة
وان كان الشفعاء خلطا في نصف المبيع فاراد ان يبيع من
احدهم ويسقط الشفعة عن الباقين فالحيلة فيه ان
يجعل الثمن مجهولا وانما لم يكن للشفيع الشفعة هنا لان الشفيع
ياخذ المبيع بمثل ما اشترى المشتري ان كان له مثل وبقيمته
ان لم يكن مثليا وهنا يعجز القاضي عن القضاء بهما جميعا
بسبب الجهالة اهـ ثم نقل الفرع عن الشيخ عن الظهيرية
ما يوافقه ولفظها في المنح لكن رايت منقولا عن الظهيرية
اشترى عقارا بدراهم جزافا واتفقا [illegible]
لا يعلمان مقدار الدراهم وقد هلك في يد البائع بعد التقابض
فالشفيع كيف يفعل قال القاضي الامام عمر بن ابي بكر
ياخذ الدار بالشفعة [illegible] الا اذا اثبت
المشتري زيادة عليه اهـ ووافقه في تنوير البصائر بزوائده

شيخنا يعني الخير الرملي وقد وقع في فتاواه سئل فيما يفعله
الناس من الحيلة لاسقاط الشفعة كجعل قبضة فلوس
جهل قدرها وضيعت بعد القبض او خاتم فيه فص
مجهول القيمة او صبرة حنطة او شعير ونحوهما فتخلط في
اخرى قبل ان تصير معلومة هل هي موجبة لاسقاطها في
نفس الامر ام لا وهل اذا ادعى الشفيع العلم بكمية الفلوس
عددا او بالقبض يكون القول قوله في ذلك ام لا وكذلك
لو ادعى معرفة قيمة الخاتم وقدر الصبرة كيلا او غيره مما يتم
به العلم يكون القول قوله ام لا واذا قلتم القول قوله هل
هو باليمين ام لا واذا اتفق المتبايعان على انهما لا يعلمان
ذلك ولم يوافقهما الشفيع بل ادعى مقدارا معينا يحكم
بما يقول ولا يلتفت الى اتفاق المتبايعين على عدم العلم
ام لا وهل يأثم الحاكم بترك طلب احضاره مع علمه بوجوده
خصوصا والشفيع يتضرر بالمشتري غاية الضرر افيدو
نا الجواب فاجاب بان هذه الحيلة انما تتم بموافقة
الشفيع على عدم المعرفة اما لو لم يوافق الشفيع المتبايعين
عليه بان ادعى ثمنا معينا فانه يأخذ المبيع بالشفعة ثم
يعطي الثمن بزعمه كما نقله في شرح تنوير الابصار عن الظهيرية
وظاهره عدم لزوم اليمين على الشفيع لان المتبايعين لم
يدعيا قدرا معلوما ليترتب عليه اليمين بعد انكاره وهذا
ينطق به الفقيه هذا وقد علمت المسالة تنبني الحكم على الحاكم
وذلك يكون بعد موافقة الشفيع لهما على الجهالة وعدم
امكان اطلاع الحاكم عليه ولذلك قال في المضمرات ثم يستهلكه
من ساعته وفي الدرر ومتن التنوير وضيع الفلوس
بعد القبض وفي الفيض وفي الظهيرية وقد هلك في يد

البايع بعد التقابض فعلم منه انه اذا كان قائما يلزم احضاره
لامكان الحكم وان كان يترك طلبه مع علمه بوجوده يأثم
لتركه ما يتعرف به الحكم ثم نقل شيخنا ما قدمناه عن
الظهيرية بتمامه لكن تعقبه ابنه وهو الشيخ صالح بن
المصنف في زواهر الجواهر حاشيته على الاشباه بانه اي قول
قول الشفيع في العلم بقيمة المجهول مع عدم تصديق المتبايعين
له مخالف للاول وهو ما في المضمرات والدرر وما في المتون
والشروح مقدم على ما في الفتاوى كما مر مرارا اهـ ووافقه
الحموي في حاشية الاشباه قال وما في المضمرات والدرر اولى
ولا يعارضه ما في الظهيرية لان ما في الشروح مقدم على
ما في الفتاوى ولا يعارضها خصوصا اذا لم ينص فيها على
الفتوى كما في انفع الوسائل اهـ قال بعض الفضلاء وبه
يعلم ان ما يفعله بعض القضاة في زماننا من ان المشتري
يضيف الى الثمن خاتما مجهول الوزن والقيمة ويبطلون
بذلك شفعة الشفيع صحيح معترضا زعم بعض الفضلا
من انه غير صحيح متمسكا بما في الفتاوى الظهيرية وسرد
العبارة التي قدمناها عن الظهيرية بتمامها ثم قال بعد
تمامها وهو مخالف لما في المضمرات وقد علمت ان ما في المضمرات
اولى فتنبه اهـ والذي يظهر في المضمرات وغيرها يفيد انه
لا يقبل قول الشفيع اذ لو قبل قوله لما كان لهذه الحيلة فايدة
الا اذا سكت الشفيع وافاد الشامي بان مسائل المتون هي
المنقول عن ائمتنا الثلاثة او بعضهم وكذلك الشروح بخلاف
ما في الفتاوى فانه مسائل وقايع تحدث لهم ويسألون
عنها وهم من اهل التخريج فيجيب كل منهم بحسب ما ظهر له
تخريجا على قواعد المذهب والعلم بحيثها وبهذا ترى في كثير

منها اختلافا ومعلوم ان المنقول عن الائمة الثلاثة ليس
كالمنقول عن من بعدهم من المشايخ ولا يخفى عليك ان
مسالتنا هذه ليست كذلك فانها لم تذكر في المتون التي شانها
كذلك كمختصر القدوري والهداية والكنز والوقاية والنقاية
والمجمع والملتقى والمواهب والاصلاح قال وذكرها في المعتبرات
لا يدل على انها منقولة عن ائمة المذهب حتى تترجح على
ما في الفتاوى كيف وكثير من الشروح كالنهاية وغيرها انهم
ينقلون عن اصحاب الفتاوى ويصرحون انه نقلها عنهم ايضا
فتامل منصفا اه وقوله وقدمنا قبيل باب ما تثبت
الشفعة فيه في الفروع وذكرها الماتن في الباب المذكور
ايضا انه لا شفعة ثابتة فيما بيع فاسدا ولو بعد القبض
لاحتمال الفسخ قال السيد الحموي انظر موضوع هذه الجملة
ولعله اراد تاييد كلام المتن فان في هذه الحيلة البيع الفاسد
وهو لا شفعة فيه ولو بعد القبض اه قلت حيث
كان الثمن مقدارا معلوما فلا فساد ولو لم يعلم قدره
ان لم يشترط معرفة القدر في صحة البيع فلا التفات اليه
على انه لو فسد البيع ما تم مقصود المشتري لانه ان ازال
الفساد وصح البيع نازعه الشفيع ولذا قال لو ازال
سقوط الفسخ بالبناء ونحوه وجبت الشفعة فان كان
مجرد سقوط حق الفسخ يوجب حق الشفعة مع
وجود الفساد فعند زواله بالاولى فتامل وذكر الخصاف
حيلة لم يذكرها محمد رح وهو ان يدعي ان الدار التي
يشتريها في يد هذا الرجل ثم ان المدعي يدعي له مائة
دينار ولا يقولوا انها من ملك ابنه الصغير على انه يسلم
الدار الذي في يده فيجوز ولا شفعة فيها لان الاب لم

ياخذ

ياخذ الدار بطريق المعاوضة ومن جملة الحيل ان يقر البائع
بجزء معلوم من الدار للمشتري ثم يبيع الباقي منه ومن
الحيل ان يوكل المشتري وكيلا بالشراء فيشتري الوكيل ويغيب
ولا يكون الموكل خصما للشفيع وهذا على قول محمد وعلى
قول ابي يوسف يكون خصما له كذا افاده الطوري في
تكملة البحر وفي الفتاوى ومن جملة الحيل ان يتصدق
بطبقة معينة على المشتري من الدار بطريقها ويسلم
اليه ثم يبيع الباقي منه فلا يكون للجار شفعة ومن جملة
الحيل اذا وهب البناء من الذي يريد شراء الدار باصله ثم
يشتري العرصة بعد ذلك لا يكون للشفيع حق الشفعة
لانه لما وهب البناء باصله صار جانب البناء الموهوب
له فصار شريكا في الدار فيكون مقدما على الجار وفي الكروم
والاراضي ان اراد الحيلة لمنع وجوب الشفعة يبيع الاشجار
باصلها او يهب الاشجار باصلها فيصير شريكا ثم يشتري
الباقي تلك الحيلة لاسقاط حق الشفعة قال في الاشباه
الحيلة الحذق في تدبير الامور وهي تقليب الفكر حتى يهتدي
الى المقصود واصلها الواو واحتال طلب الحيلة كذا في المصباح
واختلف مشايخنا في التعبير عن ذلك فاختار كثير من
المشايخ التعبير بالحيل واختار كثير المخارج واختاره في
الملتقط وقال ابو سليمان كذبوا على محمد رح ليس له كتاب
الحيل وانما هو لهرب من الحرام والتخلص منه حسن قال الله
تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث وهذا تعليم
مخلص لايوب عليه السلام عن يمينه التي حلف ليضربن
امراته مائة عود وقد تعلق محمد بهذه الاية في مسائل
الحيلة والخصاف لم يتعلق بها في حيلة لانه حكم منسوخ

وعامة المشايخ على انه ليس بمنسوخ وتكلموا فيما بينهم بشرط
البر فيه قال بعضهم ان يأخذ الحالف ما يبقى عودا ويسوي
رؤس الاعواد فيضرب وعن ابن عباس رضي
انه قال وقعت وحشة بين هاجر وسارة فحلفت سارة
ان ظفرت بها قطعت عضوا منها فارسل الله تعالى جبريل
الى ابراهيم عليه السلام ان يصلح بينهما فقالت سارة ما حيلة
يميني فاوحى الله تعالى الى ابراهيم ان يأمر سارة ان تثقب اذني
هاجر فمن ثم ثقب الاذان كذا في التتارخانية وفيها مذهب
علمائنا ان كل حيلة يحتال بها الرجل لابطال حق الغير او
لادخال شبهة فيه فهي مكروهة تحريما وفي العيون جامع
الفتاوى لا يسعه ذلك وكل حيلة يحتال بها الرجل ليتخلص
بها عن حرام او ليتوصل بها الى حلال فهي حسنة وهو معنى
ما نقل عن الشعبي لا باس بالحيلة فيما يحل وقد
صح عند الشيخين ان النبي صلى الله عليه وسلم اتاه عامله
من خيبر بتمر جنيب فاكل منه صلى الله عليه وسلم ثم
قال كل تمر خيبر هكذا فقال لا يا رسول الله انا لنشتري
الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال
صلى الله عليه وسلم اوه اوه عين الربا عين الربا لا تفعل
بع تمر الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا وهذه حيلة ارشد
بها صلى الله عليه وسلم اخاه تخلصا عن الوقوع في الربا المحرم
قال ابن الكمال في اصلاحه قال الخصاف في كتاب الحيل
لا باس بالحيل فيما يحل ويجوز وانما الحيلة
شيء يتخلص به الرجل من الحرام ويخرج به الى الحلال فما كان
من هذا ونحوه فلا باس به وانما يكره من ذلك ان يحتال الرجل في
حق الرجل حتى يبطله او يحتال في باطل حتى يموهه او يحتال

في شيء

في شيء حتى يدخل فيه شبهة [illegible] يكره [illegible]
هكذا ذكره شيخ الاسلام في نتفه قال [illegible] وانقاذ بعض
فاسد على الاختلاف في الارادة فانه لا يكون [illegible]
قبل الوجوب وبعده وعند محمد يكره في كل [illegible]
وقيل يكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة وفيما الخلاف في
اسقاط الزكاة وقال شمس الائمة [illegible]
حق الشفعة لا باس به اما قبل وجوب الشفعة فلا
اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يقصد المشتري
الاضرار به وانما قصد الدفع عن ملك نفسه ثم قال قيل
هذا قول ابي يوسف واما عند محمد فيكره على قياس خلافهم
في الزكاة وقال الصدر [illegible] لا يقول مراد [illegible]
المجتهدين واختلافهم وبعضهم [illegible]
واختلافهم في الرواية [illegible] لا اصحاب لا
الاختلاف بين المجتهدين ولكن [illegible] تقويه
للشفيع [illegible] قال في التتارخانية قال
المشتري قد اشتريت هذه الدار بمائة دينار فان حططت
عني من ثمنها عشرة دنانير فقال الشفيع نعم قد حططت
بطلت شفعته وكان القاضي ابو علي رحمه الله يقول لم
تبطل شفعته اذا قال حططت من ثمنها عشرة دنانير
وابيعها منك بتسعين دينارا فقال الشفيع نعم لانه اعرض
عن الاخذ بالشفعة لما رغب في شرائه [illegible]
اما اذا لم يقل وابيعها منك بالتسعين من الدنانير لا تبطل
شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة
لانه يحتمل انه قصد حط العشرة ليأخذها بالعقد الاول
وكذلك اذا قال الشفيع للمشتري احطط عشرة ادفعها بعد

ذلك على أن تسعى الباقي بتسعين دينارا تبطل شفعته
وما لا فلا اهـ وأما الحيلة لدفع ثبوتها أي الشفعة ابتداء
أي قبل الشراء فعند أبي يوسف لا يكره قال في شرح النقاية
وشنع المص وغيره في ذلك على الإمام أبي يوسف في
غاية الشناعة فإنه أعلى مكانا وأرفع شأنا أن يطعن
عليه أحد وقرأ بيده ما صح عندنا أنه أفضل العلماء في زمانه
وكلي الحرفاني وابن زين الملة والدين وقد رأى بعضهم
في المنام أن شافعي المذهب قال في مجلس النبي صلى الله
عليه وسلم أن أبا يوسف جعل حيلة في إسقاط الزكاة
فقال النبي صلى الله عليه وسلم أن ما جوزه أبو يوسف
حق وصدق اهـ بتصرف وعند محمد رح تكره الحيلة
ويفتي بقول أبي يوسف في الشفعة قيده في السراجية
بما إذا كان الجار قال السيد أحمد الطاهر أن الشريك
مثله غير محتاج إليه والشفيع لا يكونه متضررا بالجار
ولا راضيا بالأخذ بالشفعة ولكنه يريد إضرار البائع أو
المشتري وليس رشوة كما صرح به في تكدير من
شفعا في لا بأس أنه يفتي بقول أبي يوسف ولا
يتعين لأنه يفتي بقول محمد رح كيف لا وفيه مصادرة
الشرع وإبطال بغض الشارع وإدخال الضرر على
الشفيع وقد شرعت الشفعة لدفعه قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم استفت قلبك وإن أفتوك وأفتوك
رحمتي واستحسنه محشي الأشباه العلامة شرف الدين
الغزي في تنوير البصائر حيث قال وينبغي عما وقع
التعويل عليه ونصره وهو الكراهة أي يفتي بها
في الزكاة كأن يهب ما وجب فيه زكاة لابنه الصغير

قبل

٢٠٤

٢٠٦

قبل الحول أو يتصدق قبله بما ينقص النصاب ويوشك
فلس ويعني أيضا بالكراهة في احتيال سقوط الحج ونحوه
وذلك كأن يقصد الآفاقي دخول الحرم وهو يريد دخول مكة ثم
يدخل مكة بلا إحرام [illegible] الأشباه وهذه حيلة
لإسقاط حد السكنى لا الحج [illegible] وبه السجدة
جوهرة حيث قال وعلى هذا الخلاف في الحيلة في إسقاط
الزكاة فأجازها أبو يوسف وكرهها محمد والفتوى على
قول محمد ولهذا لا خلاف في الحيلة في إسقاط الحج وجعل
على أنه إذا ترك آية السجدة وتعدى إلى غيرها لئلا تجب عليه
السجدة فإنه يكره كما في المحيط اهـ قال الشيخ رحمتي
ولا يخفى ما في كلام الشارح من الإبهام فإن هذه المسائل
لا يجري فيها التفصيل من أنه بعد الوجوب وقبله بل
لا تكون إلا قبل الوجوب وترك آية السجدة حيلة لإسقاط
وجوب السجود لا خلاف فيه ولا حيلة موجودة في
كلامهم لإسقاط الحيلة مانعة عن وجوب الشفعة إلى
المشفعة بعد ثبوتها قال بعضهم أما في غير الشفعة فقد
حسن الحموي في بحث العين من الديانات وغيره حيل الإسقاط
للحيلة وجهه أن شئت اهـ بزازية وقال صاحب البزازية
وطلبنا لها أي لحيلة لإسقاط حيلة نفير فلم نجدها قال
الشيخ رحمتي فقد قدم حيلة بقوله لو قال الشفيع أنا علم
وكذلك من الحيلة لإسقاط حيلة يجعله أنه لا
لم يكن للحجة تأمل اهـ قلت ما قول الشفيع أنا علم
فإنما يجعل على خلاف ما في الشروح والشرح كما قدمه الشروح
على أنها حيلة لإسقاط حيلة معروفة وكذلك يجمل أنه
يكون حيلة لإسقاط بعض الحيل لا كلها والله تعالى أعلم

اذا اشترى جماعة عقارا والبايع واحد يتعدد الاخذ
بالشفعة بتعددهم فللشفيع ان ياخذ نصيب
بعضهم اي بعض المشترين ويترك الباقي وبعكسه
وهو ما اذا تعدد البايع واتحد المشتري بان باع جماعة
عقارا مشتركا بينهم على رجل واحد لا يتعدد الاخذ
بها اي ليس للشفيع ان يطالب في حصة بايع دون الباعة
الاخرى بل ياخذ الشفيع الكل اي كل المشتري وهو جميع ما دخل
في شرا المشتري من جميع الباعة او يترك الجميع لان فيه
اي في اخذ الشفيع نصيب بعض الباعة دون البعض
تفريق الصفقة على المشتري فيتضرر بزيادة الضرر بالاخذ
منه بعيب الشركة والشفعة شرعت على خلاف القياس
لدفع الضرر عن الشفيع فلا تشرع على وجه يتضرر به
المشتري ضررا زايدا على ضرر الاخذ بخلاف الوجه الاول
وهو تعدد المشترين لقيام الشفيع مقام احدهم فلم تتفرق الصفقة
على احد بلا فرق بين كونه اي اخذ الشفيع نصيب بعض
المشترين قبل القبض اي قبض المشترين المبيع من بايعهم
او بعده في الصحيح الا ان الشفيع لا يمكنه ان ياخذ نصيب
احدهم ان نقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع لئلا
يؤدي الى تفريق اليد على البايع بمنزلة المشتري لانه لو وجد
منهم وكما اذا كان المشتري واحدا فنقد بعض الثمن
وبلا فرق ايضا بين ما اذا سمى البايع لكل بعض من المشترين
ثمنا معينا كان قال ثمن حصتك التي اشتريتها يا فلان مائة
وثمن حصة فلان خمسين او كان البايع سمى الثمن للكل اي كل
المشترين جملة بان قال بعتكم جميعا داري بالف فكذلك
لانه يتفرق باعتبار الانصبا قال الشيخ رحمه الله وهذا بناء

علي

مع اتحاد البايع حيث كان للشفيع ان ياخذ نصيب بعضهم
دون الباقين لقيام الشفيع عند تعدد المشترين مقام

٢٠٥

على ان الصفقة لا تتعدد بتفصيل الثمن وقد تقدم ما فيه
من الاختلاف اه قلت ولشيخنا رحمه الله تبعا للزيلعي ميل
الى عدم تعددها بتفصيل الثمن حيث قال تبعا للزيلعي
لان العبرة هنا اي في كتاب الشفعة لاتحاد الصفقة قال
السيد احمد تقدم ان المدار على تعدد المشتري وظاهره
ولو تعددت الصفقة اه الا ان العبرة هنا لاتحاد الثمن
واختلافه واعلم انه اي الشفيع لو طلب الحصة اي حصة
احد المشترين بالشفعة فهو اي الشفيع على شفعته في
حصة الباقين ولا يقال ان مطالبته لبعض المشترين بالشفعة
اعراض عن شفعة الباقين وذلك بخلاف ما لو اشترى
رجل دارين او اشترى قريتين كانتا بمصرين مختلفين
وهذا نص على المتوهم والا فالحكم على شرا دارين بمصر واحد
او قريتين في مصر كذلك بالاولى صفقة واحدة اخذهما
شفيعهما معا وتركهما للمشتري وهذا قول اصحابنا الثلاثة
لا احدهما اي ليس له ان ياخذ واحدة منهما ويترك الاخرى
ولو وصلية كانت احدهما اي المصرين المشترى فيهما الداران
بالمشرق والاخر بالمغرب ولك ان تقول ولو كان احد
العقارين المشتريين بالمشرق والاخر بالمغرب ولك ان تقول
شرح مجمع ويأتي وهذا فيما اذا كان شفيعا لهما جميعا
اما لو كان شفيعا لاحدهما دون الاخرى ووقع البيع صفقة
واحدة ليس له ان ياخذ الا الذي يجاوره بالحصة وقال
محمد في الدارين المتلاصقتين اذا كان الشفيع جار الاحدهما
وروى الحسن عن الامام ان للشفيع ان ياخذ الكل بالشفعة
قال الكرخي رواية الحسن تدل على ان الامام رجع عن الرواية
السابقة كما قدمناه موضحا عن البدايع في فروع ذكرناها

قبيل قول الشارح ثم شرع في الحيل لكن قال الطوري في تكملة
البحر ذكر شيخ الاسلام في شرحه ان له ان ياخذ الدار الذي
هو شفيعها في ظاهر الرواية ولو اشترى الدار بمتاع فيها صفقة
واحدة فالشفيع ياخذ الدار مع المتاع او يدع الكل وذكر
شمس الائمة السرخسي في شرحه كان ابو حنيفة يقول
اولا هذا ثم رجع وقال ياخذ واحدا منهما ثم رجع وقال ياخذ
الذي هو شفيعها خاصة اهـ والمعتبر في هذا اي العدد
اي تعدد المشتري والاتحاد العاقد لتعلق حقوق العقد
به وهو اصل فيه فيتحد باتحاده ويتعدد بتعدده المالك
ولو وكل اهلها واحد جماعة اي الشي المشفوع صورته
شيا فيشا فاشترى كل وكيل شيا غير ما اشتراه الوكيل
الاخر لكن اشتروا جميعا في الايجاب والقبول لا يعتبر اشتراه
اتحاد الصفقة كما قدمه الشارح وذلك كان يقول البايع
بعت على كل واحد منكم ما اراده من الدار وذلك بعد
ما تبين قدر المبيع على كل واحد منهم فيقول الوكلا جميعا
اشتريناه او قبلنا لكن الفتال في حاشيته قال هنا
فاشتروا له عقارا واحدا بصفقة واحدة او متعددة
وانت خبير بان من اشترى نصيبا من الجانب الذي
لا يلي الشفيع ليس للشفيع فيه المطالبة بالشفعة حيث
تعددت الصفقة والله تعالى اعلم فللشفيع اخذ نصيب
بعضهم اي بعض الوكلا لتعدد المشترين قال السيد احمد
هذا اذا وكل وكيلا في نصيبه اما اذا وكل كلا في شرا الجميع
فلا شفعة الا في الجميع فليتامل اهـ قال الزيلعي في
الصحيح لم يفصل بين ما اذا كان بعد القبض او قبله
على ما بينا وروى الحسن عن ابي حنيفة انه فصل

فقال

فقال ان اخذ قبل القبض نصيب احدهم ليس له ذلك
وبعده كان له ذلك لانه قبل القبض يتضرر البايع باخذ
البعض منه بتفريق اليد عليه وبعده فلا يتضرر لانه لم
يبق له يد وجوابه ان له ان يحبس الجميع الى ان يستوفي
جميع الثمن على ما بينا فلا يؤدي الى تفريق اليد عليه
اهـ وفي الفتاوى العتابية ولو اشترى دارين ورفع
الحائط من الدار الاخرى وجعلها دارا واحدة اخذ الشفيع
كلها وان كان ذلك الباب بحاله لانه دار لها بابان ولو فتح
باب البيت الذي اشتراه الى داره وسد الباب الاول وصار
معروفا بهذا البيت معها اخذه بالشفعة اهـ اشترى رجل
نصف دار غير مقسومة فقاسم المشتري البايع اخذ
الشفيع نصيب المشتري الذي حصل له بالقسمة وان
وقع ما اختصه المشتري بعد القسمة في غير جانبه اي
الشفيع على الاصح قال الزيلعي ثم اذا لم يكن للشفيع نقض
قسمته له ان ياخذ نصيب المشتري في اي جانب كان
لانه استحقه بالشرا والمشتري لا يقدر على ابطال حقه
باخذه وهو مروي عن ابي يوسف واطلاق الكتاب يدل
عليه وعن ابي حنيفة انه انما ياخذه اذا وقع في جانب الدار
التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الاخر اهـ
وليس له اي للشفيع نقضها اي القسمة الواقعة من
المشتري مع المقاسم للمشتري كانت القسمة بحكم القاضي
او رضا وقع بين البايع والمشتري على الاصح لان القسمة
من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع الاترى الا الهبة
تتم به حتى صحت القسمة والتسليم بعداد وقعت
فايدة للمشيوع باعتبار انه قبضه ناقص فيما يحتمل

القسمة والشفيع لا ينقض القبض ليحصل العهدة على البائع
فكذا ما يتم القبض به وهذا لان القبض بجهة البيع
له حكم البيع فكما لا يملك نقض البيع الاول لا يملك نقض
القبض الموجود بجهته ولا يقال القسمة فيها معنى المبادلة
والشفيع يملك نقض تصرفاته فكذا نقض قسمته
لانا نقول ان القسمة افراز من وجه ولهذا يجري فيها الجبر
ومبادلة من وجه ولهذا يجري فيها احكام البيع من رد
بعيب او خيار رؤية ومن حيث انها افراز تملك فلا
تملك نقضه وهذا لان القياس ان لا ينقض من تصرفات
المشتري شيء لانها صحيحة لصدورها عن مالك ولهذا
لو باعه او اجره يطيب له الثمن والاجرة وليس للشفيع
فيه ملك وانما يثبت له حق الاخذ وذلك لا يمنع نفوذ
تصرفاته غير ان له ان ينقض تصرفا تبطل حقه لدفع
الضرر عن نفسه ولا ضرر في القسمة فبقي على الاصل في
حق البيع وفي حق ما له حكم البيع الاول وهو القبض ثم
بجهته وقول الشارح اوضحا على الاصح يشير به الى الرواية
المقابلة للاصح وهي ما في العيون ان للشفيع ان ينقض
القسمة اذا كانت بغير قضاء وهذا الفرق على تعليل
عدم نقض القسمة بانها من تمام القبض بانه صدرت
بين المشتري وبين الشريك الاخر الذي لم يصدر العقد
معه كان للشفيع النقض كما ذكره ما ثبت بقوله بخلاف
ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من دار مشتركة
وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع حيث يكون
للشفيع نقضه لان العقد ما وقع من الذي قاسم فلم تكن
القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع الاول بل هو

لو قاسم الشريك بعلمه او لم تكن القسمة من تمام القبض

تصرف

٢٠٧

تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع ينقض ما ينقضه الشفيع
بيعه اي بيع المشتري اشفعوه كله على حسب انصبتهم للآخر
كما وهذا تنبيه في الشفعة لو اشترى ثلاث دار والحال ان
هما شفيعان واقتسماها بينهما ما صفقة ثم جاء شفيع ثالث
بعدها قسمها نقضا وغيره فله اي فيثبت له للشفيع
الثالث ان ينقض القسمة ضرورة صيرورة النصف له
اي لاجل ضرورة انه لا يستحق ثلث ما في يد كل واحد من
المشتريين النصف وهو لا يتبعض الا بذلك شرح وهاية اختلف
الجار والمشتري في ملكية الدار التي يشفع بها الشفيع الذي
هو الجار يعني ادعى رجل الشفعة بالجوار فقال المشتري انك
لا تملك الدار التي تشفع بها وانما هي في يدك موقوفة او مستعارة
او مستودعة او مرهونة فالقول للمشتري [illegible] ولا بينة للجار فالقول
للمشتري لانه ينكر استحقاق الشفعة وللجار تحليفه
اي تحليف المشتري على العلم بان يقول والله لا اعلم انك
ايها الجار في الدار التي تدعي بسببها الشفعة ملكا لانه تحليف
على فعل غيره وهذا وهذا عند ابي يوسف [illegible]
وقد مر الكلام على ذلك في باب طلب الشفعة مستوفى
كما لو انكر المشتري طلب المواثبة فانه يحلف المشتري
اذا ادعى الشفيع انه طلب الشفعة حين علمه بالبيع
وانكر المشتري يحلف المشتري على العلم بان يقول بالله
لا يعلم ان الشفيع قد طلب طلب المواثبة فان قال
المشتري للقاضي حلفه بالله لقد طلب الشفعة
طلبا صحيحا ساعة علمه بالشراء من غير تأخير حلفه
القاضي على ذلك فان اقام المشتري بينة ان الشفيع
علم بالبيع منذ زمان ولم يطلب الشفعة واقام الشفيع

بينة انه طلب فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة وعندها
للمشتري كذا قال ظهير الدين وان انكر المشتري طلب
الاشهاد عند لقائه حلف المشتري على البتات
يعني لو قال المشتري انه لم يطلب الشفعة حين لقيني
وقال الشفيع طلبت كان القول قول المشتري ويحلف
بالله انه لم يطلب الشفعة حين لقيك وانما حلف
المشتري هنا على البتات لانه اي المشتري يحيط به
اي بعدم طلب الشفيع حين لقيه علما دون الاول
اي في طلب المواثبة فانه يطلبه الشفيع حين عنده
احد ولانه لا يعلم المشتري ما كان من الشفيع عند
بلوغه الشراء هل سكت او طلب نعم لو انكر المشتري طلب
الاشهاد عند لقاء البايع او وكيله او وكيل المشتري او عند
الدار حلف المشتري على العلم لعدم احاطة علمه ولذا
قال الشارح عند لقائه ولم يقل عند اللقاء ليلا يتوهم حاويه
الزاهدي ولو برهنا فبينة الشفيع احق عند ابي حنيفة
لانها تثبت مدعاه والبينات للاثبات وقال ابو يوسف
وقد قدمنا عن ظهير الدين ان محمدا مع ابي يوسف
ايضا فيما لو اختلفا في طلب المواثبة بينة المشتري لان
البينات شرعت لاثبات خلاف الظاهر والظاهر
من حال الشفيع الطلب ما مضى الا انه يطلب حالا
وبينة المشتري قامت على خلافه والله تعالى اعلم
وقد تقدمت هذه المسالة مستوفاة في باب طلب
الشفعة فتنبه فروع باع ما في اجارة
الغير وهو ابي الغير شفيعها صورته استاجر
زيد من جارة دارا مجاورة لدار زيد الاصلية فباع

الموجر

الموجر داره المستاجرة على غير زيد فان اجاز زيد البيع
اخذها اي كان له ان ياخذها بالشفعة والا اي وان لم
يجز البيع وقد طلب الشفعة بطلت الاجارة لانه لا
صحة للطلب الا بعد بطلان الاجارة وان ردها
الذي في الاشباه بدون الواو وقدم الشيخ ابو الطيب
السندي بان زيادة الواو سبق قلم من الناسخ حيث
قال قوله ان ردها صوابه ان طلبها اي الشفعة
وحاصل معناه ان لم يجز البيع بطلت الاجارة ان طلب
الشفعة قال الحموي في حاشية الاشباه لان لم يجز البيع
بطلت الاجارة اذ ردها اقول فيه نظر لان عدم اجازة
البيع لا يوجب بطلان الاجارة والذي في الولوالجية ولو لم
يجز البيع ولكن طلب الشفعة بطلت الاجارة لانه
لا صحة للطلب الا بعد بطلان الاجارة ونص عبارة
الولوالجية رجل اجر داره مدة معلومة ثم باعها قبل
مضي المدة والمستاجر شفيعها فالبيع جايز بين
البايع والمشتري موقوف في حق المستاجر لقيام الاجارة
فان اجاز المستاجر ينفذ في حقه وقد رضي بالتسليم
لانه بطلت الاجارة وكان للمستاجر الشفعة لوجود شرطها
وهو البيع ولكن بطلب الشفعة بطلت الاجارة لانه
لا صحة للطلب الا بعد بطلان الاجارة اه وفي القنية
ولو اجر داره ثم باعها قبل مضي مدة الاجارة والمستاجر شفيعها
تنفذ في حق المتبايعين دون المستاجر لان اجارة المستاجر
تنفذ في حقه وله الشفعة ولو طلب الشفعة قبل
الاجازة بطلت الاجارة اه ومنه يتضح ما نظرنا
به في كلام الحموي ان الصواب ان طلبها بمعنى الشفعة

قال وقد سبقني الى هذا التصويب بعض الاكابر وما
نقل بعضهم اذا لم يجز البيع وطلب الشفعة بطلت الاجارة
لانه لا صحة لطلبها الا بعد بطلان الاجارة فمعنى انه
ردها حكما اذ طلب الشفعة فيها بطلان الاجارة اهـ
كلام ساقط اهـ كلام الحموي اقول وقد سنح في قلبي
في اول النظر ان هذه العبارة غير صحيحة فالحمد لله
على الموافقة ثم ما وجد في بعض النسخ من قوله
وان ردها بزيادة الواو فهو غلط آخر من نساخ هذا
الشرح فانه في الاشباه بدون الواو اهـ كلام الشيخ
ابي الطيب وقال السيد احمد بعد نقله كلام الولوالجية
وافاد هذا انه له الاخذ بالشفعة لنفاذ البيع بين
المتعاقدين وحينئذ فلا فرق بين ان يجيز ويطلب
او يطلب الشفعة فقط والعبارة لا تخلو عن
ركاكة اهـ وقال الشامي المسألة مسوقة في الولوالجية
وغيرها لبيان الفرق بينها وبين ما اذا باع دارا على
ان يكفل الشفيع الثمن فكفل لا شفعة له والفرق انه
لما كانت الكفالة شرطا في البيع صار جوازه مضافا اليها
وصار الشفيع بمنزلة البائع واما هنا البيع جائز من غير
اجارة المستأجر [illegible] ماذكره وحاصله ان للمستأجر
الشفعة سواء اجاز البيع صريحا او ضمنا بخلاف الكفيل
فلا ركاكة في كلامهم بعد الوقوف على مرامهم اهـ شرى
شخص لطفله والحال ان الاب شفيع كان له اي للاب
الشفعة والوصي كالاب في ثبوت الشفعة له فقط لانه
كالوجه لما في الولوالجية رجل اشترى دارا لابنه الصغير
والاب شفيعها فاراد ان ياخذها بالشفعة كان له ذلك

لان

لان الاب لو اشترى مال ابنه يجوز فكذا هذا ومتى اخذ يقول
اشتريت فاخذت بالشفعة ولو كان مكان الاب وصي
يجب ان يكون الجواب فيه كالجواب في شراء الوصي مال
اليتيم على قول من يقول يملك الشراء فهو كالاب وعلى
قول من يقول لا يملك ليس له الشفعة اهـ لكن
يقول اشتريت وطلبت الشفعة ثم يرفع الامر للقاضي
حتى ينصب قيما عن الصغير فيأخذ الوصي منه بالشفعة
ويسلم القيم المبيع ويسلم الثمن الى الوصي اهـ قلت
لكن في شرح المجمع لابن ملك ما يخالفه حيث قال قيد
يعني صاحب المجمع بالاب لان الوصي لا يملك اخذها
لنفسه اتفاقا لان ذلك بمنزلة الشراء ولا يجوز للوصي
ان يشتري مال اليتيم لنفسه بمثل القيمة اهـ قال الحلبي
ورايت بهامشه ان قوله اتفاقا مخالف للولوالجية
والتجنيس وقاضي خان وسيأتي عن الوهبانية ان
الاب له اخذها قبل البلوغ وبعده بخلاف الوصي فانه
ليس له اخذها الا بعد البلوغ ويحمل ما في شرح المجمع
هذا ويمكن التوفيق بانه ليس له ذلك بلا رفع الى القاضي
ونصب قيم وقال الشارح في الوهبانية من ان الوصي
يطلب ويشهد ويؤخر الخصومة لبلوغ الصغير وهذا
يعني ما وفق به الطرسوسي يحمل على تولي طلب التملك
للحال وكذلك محمول على ما اذا لم يرفع الامر الى القاضي
وما اذا كان للصغير فيه نفع ظاهر بما اذا كان في الشراء غبن
يسير والا بان وقع الشراء للصغير بمثل القيمة فلا الاتفاق
كما في شراء مال الصغير لنفسه كما فصله في النهاية
والمعراج ونبه الزيلعي ومثله في الذخيرة والتتارخانية

وعليه يحمل ما قدمناه من النقول السابقة والذي تحرر
من هذا كله ان للوصي الشفعة ان كان ثمة نفع ظاهر للصغير
بشرط ان يرفع الامر الى القاضي والا يؤخر الخصومة الى
البلوغ وان لم يكن فيه نفع ظاهر فلا والله تعالى اعلم وقيد
الشارح شراء الاب بكونه لطفله اذ لو اشترى الاب لنفسه
كان له ان ياخذ بالشفعة لابنه الصغير ما لم يكن فيه
ضرر ظاهر على الصغير كما في الولوالجية خلافا لما في شرح
المجمع حيث قال لو اشترى الاب لنفسه والصبي شفيعه
فليس له الاخذ بالشفعة اتفاقا فافهم ولو كانت دار
الشفيع ملاصقة لبعض المبيع يعني ولم تلاصق كله كان
له الشفعة فيما لازقه كما لو باع رجل ارضين ورجل جار ارض
ملازقة لاحد هذين الارضين كان للشفيع ان ياخذ
الارض التي تلازق ارضه دون الاخرى وعليه الفتوى كما في
البزازية وانما كان له الشفعة فيما لاصقه فقط لان السبب
يخصه وافاد الاتقاني بانه لو كان احد الجارين ملاصقا
للمبيع من جانب والاخر من ثلاث جوانب فهما سواء وفي البزازية
قرية خاصة باعها بدورها وناحية منها تلي ارض
انسان فللشفيع اخذ الناحية التي تليه اهـ ولو كان
فيه تفريق الصفقة على المشتري بخلاف ما لو اشترى دارين
احدهما بالشام واخرى بالعراق وشفيعهما واحد ياخذهما
او يتركهما لان فيه تفريق الصفقة مع شمول السبب
لهما كذا في شرح الوهبانية لابن الشحنة والجار الملازق
هو الذي لكل منهما حائط على حدة وليس بين الحائطين
ممر لطيف المكان ولا التصاق الحائطين كذا افاده الحموي
الابراء العام من الشفيع يبطلها فلو بيعت دار فقال البائع

او المشتري

او المشتري للشفيع ابرئنا من كل خصومة لك قبلنا ففعل
وهو لا يعلم انه وجبت له قبلهما شفعة لا شفعة له قضاء
مطلقا سواء علم بها او لا وهكذا لو قال الشفيع للمشتري
ابرأتك من كل حق لي عليك لا تسقط الشفعة بهذا
الابراء ديانة ان لم يعلم الشفيع بها وهذا ذكره بحثا لو
علم بذلك لحقه برأته كما في الولوالجية ونظير هذا ما لو اخذ
مبلغا من ماله ثم ابرأه الماخوذ منه عن كل حق له عليه وكل
دعوى ولا علم له بما اخذه من ماله ولو علم بذلك لم يبرئه
عنه فانه يبرأ قضاء لصحة الابراء عن المعلوم والمجهول ولا
يبرأ ديانة لكن يشكل على ما ذكره الشارح ما في الظهيرية
اذا قال ان لم اجئ بالثمن الى ثلاثة ايام فانا بريء من الشفعة
فلم يجئ بالثمن الى الوقت الذي وقت ذكر ابن رستم عن محمد
انه تبطل شفعته وقال عامة المشايخ لا تبطل وهو الصحيح
لان الشفعة متى ثبتت بطلب المواثبة وتقررت بالاشهاد
لا تبطل الا بتسليم بلسانه اهـ وهو صريح في انها لا تبطل
بالابراء المعلق هو على ما هو الصحيح فالابراء العام بالاحرى
ان لا تبطل به وقد يجاب بعد الاشكال بان ما في الظهيرية
بعد استقرار الشفعة بالطلبين والظاهر ان مسالتنا فيما
قبل ذلك والله تعالى اعلم وقال في زواهر الجواهر قوله
لا ديانة الخ هذا على قول محمد اما على قول ابي يوسف فيبرأ
قضاء وديانة في البراءة من المجهول وعليه الفتوى كما في شرح
المنظومة والخلاصة وقد ذكرنا عن خزانة المفتين
ان الفتوى على قول ابي يوسف انه يبرأ قضاء وديانة اذا
صبغ المشتري البناء في الدار المشفوعة كان للشفيع خيار
الشفيع ان شاء اعطاه ما زاد الصبغ واخذ الدار بالشفعة

منقوشة او ترك الدار للمشتري وقد ذكر الشارح هذه المسألة
تحت قول الماتن وبالثمن وقيمة البنا والغرس فتنبه
اخر الخصم طلبه اي طلب العقار المشترى بالشفعة طلب
التملك لا طلب المواثبة والاشهاد بكون القاضي لا يرى اي
الشفعة للجار وهو اي الجار بتاخيره الموصوف معذور يعني
فلو تولى قاضي غير حنفي فانه يجوز للجار ان يطلب شفعته
وقد تقدم الشارح هذه المسألة في الفروع التي ذكرها قبيل
باب ما تثبت هي فيه اولا يهودي سمع بالبيع يوم السبت
والتقييد باليهودي اتفاقي كما قدمناه وعليه فليس لاحد
عذر في حق النصراني وان كان النصارى يرون ترك الاعمال
يوم الاحد فاذا سمع يوم الاحد بالبيع فلم يطلب طلب
المواثبة والاشهاد لا طلب التملك والخصومة فان التاخير
فيه غير ضار كما تقدم لم يكن عذرا فتبطل شفعته و
نكتة تخصيص اليهودي بالذكر ان اليهود نهوا عن الاعمال
يوم السبت ولم تنه النصارى عن الاعمال يوم الاحد
لكن هذا النهي نسخ في شرعنا قلت يوخذ منه
ان اليهودي المدعى عليه اذا طلب خصمه المدعي مسلما كان
او غيره والخصم مرفوع على الفاعلية من القاضي احضاره الى
حضور اليهودي لمقابلته يوم سبته فان القاضي يكلفه
الحضور اي يجبر اليهودي على حضوره في مجلس الحاكم لسماع
دعوى خصمه ولا يكون يوم سبته عذرا مانعا له عن الحضور
وهي واقعة الفتوى قاله المص في المنح قبيل باب ما هي تثبت
فيه اولا وكذا لو كان الشفيع في عسكر الخوارج واهل البغي
فخاف على نفسه ان يدخل في عسكر العدل فلم يطلبها
بطلت لانه غير معذور خانية قلت وفي واقعات

الحسامي

الحسامي منصوصة فلا حاجة الى البحث ولكن ظهر بهذا
قوة فكرته وجودة ذهنه حيث وافق بحثه النص
ادعى الشفيع على المشتري انه اي المشتري احتال لابطالها
اي لاسقاطها ونحوها وانكر المشتري الاحتيال للابطال
يحلف المشتري كذا في الاشباه وفي الوهبانية خلافه
قلت وسنذكره اي كلام الوهبانية قبيل كتاب
القسمة وقدم الشارح في السوادة التي ذكرها تحت قول
الماتن فالشفعة للجار في الشهر الاول فقط انه ليس
له تحليفه بالله ما اردت به ابطال شفعتي لان ابن المص
وهو الشيخ صالح في حاشيته للاشباه المسماة بزواهر
الجواهر ايده اي ايد ما في الوهبانية من عدم التحليف
بما لا مزيد عليه حيث قال لما ذهب اليه ابن وهبان اولى
من جهة العقل لانه قال كل موضع لو اقر به لا يلزمه شي
فلا يحلف وقال قاضي خان بعد ذكر جملة من الحيل
المبطلة للشفعة ففي هذه الصورة اذا اراد الشفيع ان
يحلف المشتري او البائع بالله تعالى ما فعل هذا فرارا عن الشفعة
لم يكن له ذلك لانه يدعي شيئا لو اقر به لا يلزمه اه اقول
والعبد الضعيف الى ما ذهب اليه ابن وهبان وافاده
العلامة فقيه النفس فخر الدين قاضي خان اميل اقول
وفي الولوالجية ثم ذكر في بعض كتب الشفعة عقيب
هذه الحيل وقال يستحلف المشتري بالله ما فعلت
هذا فرارا من الشفعة ولا معنى لهذا لانه يدعي عليه معنى
لو اقر به لا يلزمه شي فكيف يستحلف اه كلام ابن المص
في الزواهر قلت لكن لم يعلم ان في الولوالجية اول الفصل
الثالث تصدق على رجل بحائطي حائط الجار وقبضه

ثم باع منه ما بقي فليس للجار شفعة فان طلب يمين المشتري
بالله ما فعل في الاول ضرارا ولا فرارا من الشفعة على وجه
التلجئة له ذلك يدعي عليه معنى لو اقر به لزمه وهو خصم
فان حلف فلا شفعة والا ثبتت لانه ثبت كونه جارا ملاصقا
اه وقال قاضيخان بعد عبارته السابقة لكن
اذا اراد تحليف المشتري ان البيع الاول ما كان تلجئة
له ذلك لانه لو ادعى عليه معنى لو اقر به يلزمه قال
وما ذكر في الاصل ان الشفيع اذا اراد تحليفه انه لم يرد
به ابطال الشفعة كان له ذلك معناه اذا ادعى
ان البيع كان تلجئة اه ومثله في التجنيس والمزيد
لصاحب الهداية وقدمه الشارح عن مؤيد زاده
معزيا للوجيز وبه ظهر عدم المنافاة بين ما
ذكره الشارح هنا تبعا للاشباه وبين ما في معين
الوهبانية هذا ولا يخفى ان المفهوم مما نقلناه ان [illegible]
ان قصد حقيقة البيع فرارا من الشفعة كان بيعا
جائزا والا بل اظهره للشفيع لم يكن جائزا لانه تلجئة
ولو اجاب الشفيع الى التحليف لو ادعى الثاني دون
الاول وليس في كلامهم ان كل ما يحتال به لابطال
الشفعة يكون تلجئة والا بطل قولهم انه ليس له
ان يحلفه انه ما فعل ضررا وفرارا من الشفعة الخ
فما استشكله وقال لم ار من تعرض لذكره ثم
اجاب بما لا يجدي فقد خفي عليه المرام اه قلت يصح
تعليق ابطالها اي الشفعة والمراد وجوبا بالشرط
جائز قال في منية المفتي لو قال سلمت لك الشفعة
ان كنت اشتريته لنفسك فاذا اشتراه لغيره

فلم

فلم الشفعة لانه اسقاط محض وصح تعليقه بالشرط
ولا يبطل الا بعد وجوده اه وفي الخانية قال الشفيع
ان لم اجئ بالثمن الى ثلاثة ايام فانا بريء من الشفعة
ولم يجئ بالثمن الى ثلاثة ايام ذكر ابن رستم عن محمد
انه تبطل شفعته لان تسليم الشفعة اسقاط محض
يصح تعليقه بالشرط وقال بعض مشايخنا لا تبطل
شفعته وهو الصحيح لان الشفعة متى ثبتت بطلب
المواثبة والاشهاد تاكدت ولا تبطل ما لم يسلم بلسانه
اه وهو معارض لما في منية المفتي قال بعض الفضلا
يمكن ان يقال لا معارضة بين ما في منية المفتي
والخانية لجواز ان يحمل ما في منية المفتي على ابطالها
قبل ثبوتها وتقررها بالطلبين كما يفيده قول
الخانية لان الشفعة متى ثبتت الخ فقول بعض
الفضلا والمعتمد عدم صحة تعليق تسليم الشفعة
بالشرط مطلقا اي سواء كان قبل طلب المواثبة والاشهاد
او بعد مستدلا بكلام الخانية فيه نظر فان مفهوم كلام
الخانية يفيد انه قبل طلب المواثبة والاشهاد يصح
تعليق ابطالها والمفهوم معتبر في عبارة الكتب
كما قدمه الشارح في بحث الوضوء من كتاب الطهارة
بقي ان يقال يدل على كون تسليم الشفعة اسقاطا
محضا ما ذكره السرخسي في باب الصلح من كتابه
وفي كتاب الصلح من المبسوط ان القصاص لا يصح
تعليق ابطاله بالشرط ولا يحتمل الاضافة الى الوقت
وان كان اسقاطا محضا ولهذا لا يرتد برد من عليه
القصاص ولو كان على سقاط الشفعة فاسقط لا يبطل

حقه في الشفعة وبهذا تبين ان تسليم الشفعة ليس باسقاط
محض لانه لو كان اسقاطا محضا لصح مع الاكراه اعتبارا
بسائر الاسقاطات والمسألة في اكراه المبسوط اهـ واعلم
انه ذكر في الهداية ان اسقاط الشفعة لا يتعلق بالجائز
من الشرط فبالفاسد اولى ونظر فيه الاتقاني فليراجع
رجل له دعوى في رقبة الدار وله شفعة فيها قال
في الظهيرية لو بيع الدار بجنب دار رجل هو شفيعها
وهو يزعم ان رقبة الدار المبيعة له ويخاف انه اذا ادعى
رقبتها تبطل شفعته وان ادعى الشفعة فيها تبطل
دعواه فيها اي في رقبتها فالحيلة فيه ان يقول هذه الدار
داري وانا ادعيها ولفظ الخانية والظهيرية وان ادعى
رقبتها فان وصلت الدار الي بحكم الحاكم فذاك المقصود
والا فاني لم يقض بها القاضي لعدم استيفاء شروط
الحكم فانا على شفعتي فيها لان الجملة كلام واحد فلا
يتحقق السكوت عن طلب الشفعة اهـ وافاد ابو السعود
ان هذا مبني على اشتراط الطلب فورا واما على الصحيح
من ان له الطلب في مجلس علمه فيمكن ان يدعي رقبتها
وهو في المجلس ثم يطلب الشفعة فيه اذ منع وعن
ابي يوسف رحمه الله ان ادعاها فقال بينتي غائبة ولكني
اخذها بالشفعة فهو اقرار ان البائع مالك فلا تقبل
بينته بعد ذلك وعنه انه يبطل الشفعة بدعوى
الملك ولو ادعى النصف وقال اقيم البينة واخذ الباقي
بالشركة جاز كذا في التترخانية استولى الشفيع عليها
اي على الدار المشفوعة بلا قضاء قاض على المشتري
بدفعه للشفيع ان اعتمد الشفيع بالاستيلاء على قول

عالم

عالم لا يكون ظالما ولا آثما وان لم يعتمد على قول عالم
بل حمله على ذلك التجبر كان ظالما قال شيخ صالح
يوخذ من هذا وجوب التعزير وعدمه فاذا استولى
على الدار المشفوعة بلا حكم لكن معتمدا على قول عالم
لا يلزمه التعزير لعدم الظلم والله تعالى اعلم ثم قال
ولي في هذه المسألة نظر لانهم قالوا لا يثبت الملك الا بعد
الاخذ بالتراضي وبعد قضاء القاضي وقد صرحوا
بانه قبل وجود احدهما لا يثبت له شيء من احكام الملك
حتى لا تورث عنه اذا مات في هذه الحالة وتبطل شفعته
اذا باع داره التي يشفع بها ولو بيعت دار بجنبها في
هذه الحالة لا يستحقها بالشفعة لعدم ملكه فيها واذا كان
الملك لا يثبت الا باحدهما فاستيلاؤه عليها بمجرد قول
العالم استيلاء على غير ملكه فيكون ظالما كما لا يخفى واذا
اعتبر مجرد استيلائها فهو موجود بالاستيلاء كما صرحوا
به فلا يتوقف على قول العالم ولا على القضاء ولا على
الاخذ بالرضا اهـ اشياء تقسم على عدد الرؤس
لا على قدر الانصباء قال الحموي وقد نظمتها في ابيات
وزدت على ما في الملتقطات ثلاثة فقلت
ان التقاسم بالرؤس يكون في * سبع اتت حلا بعقد نظامي
في ساحة مع كنسة ونوائب * ان منها اجرة القسام
وكذاك ما يرمى من السفن التي * يخشى بها غرق وطرق كرام
وكذاك عاقلة وقدرتم للذي * حررته الافاضل الاعلام
العقل هو الدية وعلى كونه بمعنى الدية استحسن لنا فاضل
الدماميني في شرح المغني قول ابن نباتة
اعيذ سناه في العذار وريقه * بما قد اتى في السور من نور ونحل

٢١٣

واصبو الى السحر الذي في جفونه ٥ وان كنت ادري انه جالب قتلي
وارضى بان امضي قتيلا كما مضى ٥ بلا قود مجنون ليلى ولا عقله
قال السجدواني في شرح تلخيص الجامع للخلاطي ما نصه
ترك الحفظ والقوت تسبب في النفس والعضو والسقط
والمال لتعظيم الامر الدم واختص الملك بالمكنة فاذا وجد
حر وعبد قتيلا في مكان مملوك قسمت القيمة والدية
على عدد الملك دون قدر الملك اذ العلة ترجح بالقوة
لا بالكثرة كما في الشفعة فيكون على عاقلة كل واحد
قسطه ثلاث سنين من يوم الحكم ثم المكنة انما
بالنسبة حال كون الانتساب خاصا فاذا وجد قتيل
في محلة او مسجد قسمت الدية ثلاث قبايل بان كان
احدى القبايل مثلا بكر بن وايل وهم عشرون رجلا
والقبيلة الاخرى قيس وهم ثلاثون رجلا والقبيلة
الاخرى تميم وهم اربعون رجلا فوجد في مسجدهم او
محلتهم قتيل كانت الدية عليهم اثلاثا بعدد القبايل على
كل قبيلة ثلث الدية دون عدد الروس عكس الاول
فان ثمة تقسم على عدد الروس دون القبايل وانما
قسمت هنا بعدد القبايل دون الروس وفاء بمكنة
التدبير يعني ان هذا الضمان بسبب ترك القود والحفظ
يكون بحكم التدبير والقيام بمصالح الموضع وكل واحد
يوازي الاخر في ذلك اذ لا يزال في احتفاظ سوى غير
اعتبار قلتهم وكثرتهم وكذا لو كان واحد من احدى
القبايل ليس معه غيره وانه اختط معهم المسجد او
المحلة كان ثلث الدية على عاقلته والثلثان على عاقلة
القبيلتين الباقيتين اهـ ومنه يستفاد تقييد ما

اطلقه المصنف هنا اذا كان وجوب الدية باعتبار مكنة
الملك فليحفظ فان اكثر الكتب خالية عنها حوى
والشفعة تثبت ايضا عندنا على عدد الروس خلافا
للشافعي كما قدمناه في اول كتاب الشفعة فلو كانت
دار بين ثلاثة باع صاحب النصف نصيبه قضي
بالشفعة بين الاخرين انصافا على قدر روسهما ولذا
لو باع صاحب الثلث نصيبه قسم انصافا ايضا وهكذا
يقسم انصافا ايضا لو باع صاحب السدس عندنا
واما عند الشافعي فعلى قدر سهامهم ففي بيع
صاحب النصف يقسم اثلاثا وفي بيع صاحب الثلث
ارباعا وفي بيع صاحب السدس اخماسا لصاحب
الثلث خمساها ولصاحب النصف ثلاثة اخماس ثم اعلم
انا قد قدمنا ان كلا من الشفعاء قبل القضاء بالشفعة
كل واحد منهم مستحق جميع الدار المشفوعة والقسمة
بينهم للمزاحمة فينبغي ان يطلب كذلك حتى لو طلب احد
منهم بعضها بطلت شفعته وقدمنا ان من لم يطلب
بعدهما فلا يحسب ومن كان غائبا فلا ينتظر ولا
يوقف له نصيب اذ الغائب ليس له نايب واذا حضر
وطلب مستوفيا شروط الطلب يحكم له بحقه حيث لم
يوجد منه مسقط واجرة القسام ايضا تكون على عدد
الروس وهذا في القسمة عند الامام وعندهما على عدد
الانصباء لان هذه مونة حقيقتهم بسبب الملك فيتقدر
بقدر الملك وله ان عمل القسام لصاحب القليل والكثير
واقع بصفة واحدة وهي تمييز الانصباء وصاحب القليل
والكثير في ذلك سواء فاذا استويا كانت الاجرة بينهما على السوية

كذا في قسمة الولوالجية وقيدنا بالعقار لما في خزانة الاكمل
لو استأجر على قسمة طعام بينهما مكايلة فاجرة الكيل
والنقل على قدر الانصباء اهـ وفيها اهل بلدة استأجروا
رجلا ليذهب الى السلطان ليرفع امرهم [illegible]
فالاجرة عليهم على قدر منافعهم وقدمنا ذلك في كتاب
الاجارة والطريق اذا اختلفوا فيه يقسم على عدد الروس
ولم يرد هنا طريقا عاما لانه غير مملوك لاحد وانما
اراد به ما يكون في سكة غير نافذة والطريق مما يذكر
ويؤنث كما في منظومة المؤنثات السماعية لابن الحاجب
واعلم ان مثل الطريق ساحة الدار اذا اختلفوا
فيها تكون بينهم على عدد الروس فان زادت من
دار كذلك بيوت منها لاستوائهم في استعمالها وهو المرور
فيها والتوضي وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك
فصارت نظير الطريق بخلاف الشرب اذا تنازعا
فيه فانه يقسم بينهما على قدر اراضيهما لان الشرب يحتاج
اليه لسقي الارض فعند كثرة الاراضي تكثر الحاجة اليه
كما في الدرر قال الحموي في حاشية الاشباه وقد بقيت
مسائل تكون القسمة فيها على عدد الروس زيادة على
ما ذكرناه في نظمه المتقدم منها ما في فتاوى شيخنا
الشيخ الحانوتي وهو ان الصلافة التي جرت بها العادة
بها في الاوقاف تقسم على عدد الروس لا على قدر الوظائف
اهـ ومنها ما افتى به شيخنا الشيخ محمد وهي الحلوان
التي جرت به العادة في الاوقاف يقسم على قدر الروس
لا على قدر الوظائف ولا يختص به الناظر كما هو
واقع الان بل هو لاحد من المستحقين ومنها ما ذكره

العلامة

العلامة القهستاني في شرح النقاية بحثا قال لو قتل
صيد الحرم حلالان فعلى كل نصف قيمته وينبغي ان
يقسم على عدد الروس اذا قتله جماعة اهـ قال وقد
بقي منها شي لا يحضرني الان اهـ الكل من المسائل
المذكورة في هذه الفروع في الاشباه لا شفعة [illegible]
وقد مرت مسائله مستوفاة تحت النقل الذي نقله
الشارح عن العناية في السوادة التي ذكرها تحت قول
الماتن وطريق معرفة قيمة الخمر والخنزير الخ وذكرنا
ثمة انه لو اسلم وقد طلبها عند علمه بالشرا فهو على
شفعته صبي شفيع لا ولي له احترز به عما لو كان له ولي
او وصي وسكت على الطلب بطلت شفعته لا تبطل
شفعته فله ان يطلبها اذا بلغ وقد قدمنا المسائل
المتعلقة بشفعة الصبي مستوفاة في باب ما يبطلها
تحت قول الماتن ولو من اب او وصي وان نصب القاضي
قيما على الصغير الشفيع لا جاز له طلبها للصغير جاز
جواهر فلا يشترط طلبها وصي الميت ولا يشترط طلبه
طلب الشفعة للصغير لكون الوصي عام التصرف في امر
الصغير شرى رجل كرما والحال ان الشفيع غائب فاثمرت
الاشجار فاكلها المشتري ثم حضر الشفيع واثبت شفعته
واخذه من المشتري بحكم القاضي فينظر ان كانت الاشجار
وقت القبض اي قبض المشتري الكرم من البائع مثمرة
اسقط من الثمن بقدره ويدفع الشفيع الى المشتري
ما بقي من الثمن ويكون من قبيل ما لو هدم المشتري
بناء الدار المشفوعة واخذ النقض والخشب وقد قدمنا
هذه المسألة التي ذكرها الشارح هنا ثمة لمناسبتها لذلك

المحل والآبار كانت الاشجار يوم قبض المشتري زادت وردوا لم
يبد الطلع من الورد كما في الذخيرة لا يسقط شيء من الثمن لانه
لا حصة له من الثمن حينئذ وقد تقدم في باب طلب
الشفعة متنافي قوله وبيع ما كان ابتاع اخضر ثم او نخلا
الخ مويد زاده معزيا للواقعات الحسامية وكذا ذكره في الذخيرة
ايضا وقد افاده الماتن ايضا في الوهبانية شعرا وبأخذه
الاب الاتي في كلام الناظم فيما يشتري بالبنا للفاعل اي الاب
لصغيره اب تنازع فيه يأخذ ويشتري فيعمل احدهما ويحذف
من الآخر نظيره اي اذا اشترى الاب لولده الصغير دارا وهو
شفيعه فيها كان له ان يأخذها لنفسه عندنا واما لو
اشتراها وصي لليتيم وكان الوصي شفيعها فانه لا يملك
اخذها لنفسه بالشفعة ولكن يطلب ويشهد عليه يوم
الشرا وهو الذي اشار اليه بقوله للبلوغ يوخر اي المخاصمة
لا الطلب فلا يقضى له بالشفعة حتى يدرك اليتيم وقد
فصل الشرنبلالي في النهاية في المسألة تفصيلا فقيد مسألة
الاب بما اذا لم يكن للصبي في الاخذ ضرر ظاهر كما لو اشترى
الاب مال الابن الصغير لنفسه ثم يقول اشتريت
واخذت بالشفعة وقال في مسألة الوصي انه لو كان لليتيم
منفعة في الاخذ بان وقع شرا الدار بغبن يسير كان كانت
قيمتها عشرة وقد اشتراها الوصي باحد عشر كان للوصي
ان يأخذها بالشفعة على قياس قول ابي حنيفة واحدى
الروايتين عن ابي يوسف كما في شرا الوصي شيئا من الصغير
لنفسه وان لا منفعة للصغير باخذ الوصي لها بان كان
شراها بالقيمة فليس للوصي ان يشتري شيئا من مال
يتيم لنفسه بمثل القيمة بالاتفاق اهـ والمختصر في

القنية

القنية اشترى دارا لابنه الصغير وهو شفيعها فله الشفعة
كشرا مال ابنه لنفسه ويقول اشتريتها واخذتها بالشفعة
والجواب في الوصي كالجواب في الاب على قول من يرى شرا
الوصي من مال اليتيم لنفسه وعلى قول من لا يرى ذلك
فله الشفعة ايضا لكن يقول اشتريت فطلبت الشفعة
ثم يرجع الى القاضي فينصب قيما على الصبي فيأخذها
الوصي منه ويسلم الثمن اليه ثم يسلمه القيم الى الوصي
وهذا ينافي كلام الشرنبلالي بظاهره والله تعالى اعلم
قال ابن الشحنة وليس له اي للشفيع تفريق دارين
بيعتا صفقة واحدة وهو شفيعهما فليس له ان يأخذ
احداهما دون الاخرى ولكن يأخذهما جميعا او يتركهما
وقال زفر يأخذها بما يخصها من الثمن ويستوي في ذلك
المتلاصقتان والمفترقتان في مصر او مصرين وقد مرت هذه
المسألة للشارح عن شرح المجمع قبيل قول الماتن
والمعتبر في هذا العدد دون المالك ولو كان الشفيع
غير جار لهما جميعا وقد بيعتا صفقة واحدة بل كان الشفيع
شفيعا لاحداهما دون الاخرى فالتفريق احد مرويين فيما
روي عن الامام الثاني وذلك انه ليس له اخذ الكل بل
يأخذ التي تليه كما تقدم للشارح ذكر هذه المسألة في
هذه الفروع وكذا قال محمد في الاقرحة المتلاصقة وواحد
منها يلي ارض انسان وليس بين الاقرحة طريق ولا
نهر ولا بينهما مسناة انه لا شفعة له الا في القراح الذي
يليه وكذا في القرية كان الزوزني في شرح المنظومة جعل
عليه الفتوى ونقله عن ابي يوسف ومحمد قال هو
قول ابي حنيفة آخرا لكن يعارضه قول الكرخي في رواية

الحسن عن الامام ان للشفيع ان ياخذ الكل في ذلك كله بالشفعة
فانها تدل على ان قول ابي حنيفة كان مثل قول محمد ثم رجع
عن ذلك فجعله كالدار الواحدة قال المص يعني ابن وهبان
ان ذلك مما اشار اليه في البدايع وقال ان صاحب الفوايد
نقله عن ايضاح الكرماني قال ابن الشحنة وما ذكر من اسقاط
التحيل مسقطا يعني لا باس باسقاط الشفعة بالحيلة
والاضافة من اضافة المصدر الى فاعله والمفعول محذوف
وهو الشفعة وقوله مسقطا بمقاصد للاسقاط يعني
انه لا باس به وان تعمده وقد سبق ذلك متنا وتحليفه
اي تحليف الشفيع احد العاقدين في الشراء في حالة الانكار
احد العاقدين التحيل لا شك انه بري انه منكر شرعا
وانما التفصيل على هذا به فلو اراد الشفيع ان يحلف
المشتري او البايع بالله ما فعل هذا فرارا عن الشفعة لم يكن
له ذلك لانه يدعي عليه شيا لو اقر به لا يلزمه وقد تقدم
للشارح في هذه الفروع انه يحلف خلافا لما في الوهبانية
من عدم التحليف وقد صرح الشرح بعدم التحليف ايضا
ولفظه ثمة وليس له تحليفه بالله ما اردت به ابطال
شفعتي وله تحليفه بالله ان البيع الاول ما كان تلجية
وفي التجنيس والمزيد لو اراد الشفيع ان يستحلف المشتري
بالله ان البيع الاول ما كان تلجية كان له ذلك وقد قدمناه
في التجنيس ايضا دار في جنبها دار تصدق صاحب حد
الدار بالحائط الذي يلي دار جاره مع ما تحته ونصف ثم
باع منه ما بقي فليس للجار شفعة لانه لم يبق جارا فان
فان طلب الجار يمين المشتري بالله ما فعل الاول فرارا عن
الشفعة على وجه التلجية كان له ذلك لانه يدعي عليه

معنى

معنى لو اقر به لزمه وهو خصم فان حلف فلا شفعة له
وان نكل كان له الشفعة لانه تثبت كونه جارا ملاصقا نقله
ابن الشحنة فـــروع في الشفعة في المرض ولو اشترى
المريض دارا بالفي درهم وقيمتها الف وله سوى ذلك الفي درهم
فللشفيع جايز وللشفيع فيها الشفعة لانه انما حاباه بقدر
الثلث وذلك منه صحيح في حق الاجنبي فيجب للشفيع
فيها الشفعة وان باعها بالغبن وقيمتها ثلاثة الاف وشفيعها
اجنبي فله ان ياخذ بالغبن كذا في المبسوط باع المريض
داره بالف وقيمتها الفان ولا مال له غيرها يقال للمشتري
ان شئت خذها بتلك الالفين والا فدع وللشفيع ان
ياخذ بالفين وتلك الف كما في محيط السرخسي وان باعها
بالغبن الى اجل وقيمتها ثلاثة الاف درهم فالاجل باطل
ولكن يخير المشتري بين ان يفسخ البيع او يؤدي الغبن
حالا ليصل الى الورثة كمال حقهم واي ذلك فعل فللشفيع
الشفعة ياخذها بالفي درهم حالة وان باعها بثلاثة الاف
درهم الى سنة وقيمتها الف درهم جمعوا على ان الاجل فيما زاد
على الثلث باطل ولكن اختلفوا فيه انه يعتبر الاجل في
الثلث باعتبار الثمن او باعتبار القيمة قال ابو يوسف
باعتبار القيمة فيجعل ثلثي القيمة وذلك الف وثلثمائة
وثلاثة وثلاثون وثلث ان شاء والباقي الى اجله كذا في
المحيط المريض اذا باع الدار من وارثه بمثل قيمتها والشفيع
اجنبي لا شفعة له لان بيع المريض من وارثه في مرض موته
عينا من اعيانه فاسد عنده لا اذا اجازت الورثة وان
كان بمثل القيمة وعندهما جايز فيجب ولو باعها من اجنبي
والوارث شفيعها لا شفعة للوارث عنده ايضا لانه بمعنى

كانه باعها من وارثه ابتدا وعندهما تجب الشفعة هذا
اذا باع بمثل القيمة فاما اذا باع وحابى بان باع بالفين
وقيمته ثلاثة الاف فان باع من الوارث وشفيعها اجنبي
فلا شك انه لا شفعة له عند ابي حنيفة وعندهما البيع
جائز ولكن يدفع قدر المحاباة فتجب الشفعة والاصح
ما ذهب اليه ابو حنيفة كما في المبسوط ولو باع من اجنبي
فكذلك لا شفعة للوارث عند ابي حنيفة لكن الشفيع
يأخذها بتلك الصفقة بالتحول اليه او بصفقته
سوا اجازت الورثة ام لم تجز لان الاجازة بمحلها العقد
الموقوف والشرا في نافذ على المشتري لان المحاباة قدر
الثلث وهي نافذة في الحال فلمت في حق المشتري فيلغو في
حق الشفعة كذا في البدايع ولو كان احد الشفيعين وارثا اخذها
كالاخر ولو كان البيع في الصحة فاخذ الوارث الشفعة ثم
حط البايع في مرضه لم يجز الا باجازة باقي الورثة ولو كان
الحط قبل اخذ الوارث فان اخذها بطل الحط وان ترك صح
كذا في التترخانية ناقلا عن العتابية مريض باع دارا بالفي
درهم وقيمتها ثلاثة الاف ولا مال له غيرها ثم مات وابنه
شفيع الدار فلا شفعة للابن فيها لانه لو باعها من ابنه
بهذا الثمن لم يجز وذكر في كتاب الوصايا ان على قولهما له
ان يأخذها بقيمتها ان شا والاصح ما ذكر هنا فانه نص في
الجامع على ان قولهما جميعا كذلك المبسوط ولو كان
له مال غيرها فاجازت الورثة فله الشفعة انتهى كذا
في شرح مجمع البحرين واذا باع المريض دارا وحابى فيها ثم برئ
من مرضه والشفيع وارثه فان لم يكن علم بالبيع حتى
الان فله ان يأخذها بالشفعة لان المرض اذا تعقبه البرء

فهو

فهو بمنزلة الصحة وان كان قد علم بالبيع ولم يطلب الشفعة
حتى برئ من مرضه فلا شفعة له كذا في المبسوط فروع
متفرقة في الشفعة ولو قضى القاضي بالشفعة للشفيع
وطلب المشتري من الشفيع ان يرد الدار على المشتري
بزيادة في الثمن والزيادة من جنس الثمن او من غير
جنسه تصير الدار للمشتري بالثمن الاول وتبطل الزيادة
لان رد الدار على المشتري بمنزلة الاقالة والاقالة انما تكون
بالثمن الاول وكذا لو طلب المشتري من الشفيع بعد
ما قضى القاضي له بالشفعة ان يرد الدار عليه بيعا
بزيادة في الثمن ففعل كانت اقالة والاقالة انما تكون
بين البايع والمشتري تتحقق بين البايع والشفيع كذا
في الخانية ولو كان الشفيع قد ملكها ثم اشتراها مشتري
ثم مات يكون ذلك ميراثا لورثته كما في سراج وعن محمد
رحمه الله في رجل اشترى من اخر دارا وجا شفيعها وادعى
انه كان اشترى هذه الدار من البايع قبل شرا هذا المشتري
فاقر المشتري بذلك ودفع الدار الى الشفيع ثم قدم شفيع
اخر وانكر شرا الشفيع اخذ الدار كلها بالشفعة ولو قال
المشتري للشفيع ابتدا قد كنت اشتريت هذه الدار قبل
شرائي وهي لك بشرائك قبلي وقال الشفيع ما اشتريتها
وانا اخذها بشفعتي فاخذها الشفيع من المشتري
ثم قدم الشفيع الاخر فليس له الا نصفها كذا في المحيط
اشترى دارا وادعى انه اشتراها لفلان وشهد بها للشفيع
فهو خصم له الا ان يقيم بينة ان فلانا وكله بها ولا يكون
خصما ولو قال لفلان قد تبايعنا بالف [illegible]
وقال الشفيع لا بل بالالف فالقول للشفيع [illegible] اذا اشترى

فحضر الشفيع يأخذ الوكيل ويكتب العهدة عليه ولا يلتفت
الى حضور الموكل كذا في الظهيرية اشترى دارا بعبيد
فوجد العبيد عورا فرده قال الشفيع يأخذ الدار بقيمته
صحيحا وكذا لو رده بالعيب لان البيع حين وقع وقع
بالعبيد سليما الا معيبا كذا في محيط السرخسي رجل
له ارض كثيرة المؤن والخراج لا يشتريها احد فباعها
من انسان مع دار له قيمتها الف بالف وللدار شفيع
يأخذها بحصتها من الثمن فيقسم الثمن على قيمة
الدار وقيمة الارض ان اشتراها [illegible] السلطان
وان كان لا يرغب فيها احد يعتبر قيمتها اخر وقت رغب
رغبات الناس عنها لان القيمة تختلف القيمة كما
في القسمة ويمكن ان يقال على قول ابي حنيفة رح
انه يجعل كل الالف بمقابلة الدار اذا لم تكن للضيعة
قيمة اصلا كذا في المحيط وذكر في المنتقى عن ابي يوسف
رجل في يده دار التي فيها الشفعة عرف القاضي انها
له فبيعت دار بجنب هذه فقال الشفيع بعد بيع الدار
التي فيها الشفعة داري هذه لفلان وقد بعتها منه منذ
سنة وقال هذا في وقت يقدر على اخذ الشفعة لو طلبها
فطلبها لنفسه فلا شفعة له ولا للمقر له حتى يقيم البينة
على ذلك لان الاقرار حجة قاصرة تصح في حق المقر لا في حق
غيره كذا في محيط السرخسي رجل اشترى دارا ولم يقبضها
حتى بيعت دار اخرى بجنبها فللمشتري الشفعة رجل
طلب الشفعة في دار فقال له المشتري دفعتها اليك
ان علم الشفيع الثمن وهذا الوجه تسليم صحيح وصار
الدار ملكا للشفيع وان لم يعلم الشفيع بالثمن لا تصير

الدار

الدار ملكا للشفيع وهو على شفعته كذا في المحيط رجل ترك
دارا قيمتها الفان وعليه دين الف واوصى بثلث ماله
لرجل فرأى القاضي بيع الدار كلها والوارث والموصى له
شفيعان اخذها بالشفعة ولو لم يكن عليه دين وكان
في الورثة صغير فرأى القاضي بيعها فليس للموصى له
ولا للورثة شفعة ولا للصغير اذا كبر وطلبها كذا في الحاوي
الكبير وسئل علي بن احمد عن رجل اشترى دكانا
وطلب الشفيع الشفعة فسلم اليه المشتري الشفعة
الا انهما تنازعا في الثمن فلم يأخذه فاتى على ذلك مدة
ثم اراد ان يأخذها قال المشتري ليس له ذلك الا ان
يرضى بذلك المشتري وان كان ثبت ان الثمن على
ما قال الشفيع كما في التتارخانية رجل في يده دار جاء
رجل وادعى شفعتها وقال الذي في يده هذه الدار اشتريتها
من فلان فصدقه البائع في ذلك وقال الذي في يده الدار
ورثتها عن ابي واقام الشفيع البينة انها كانت لابي البائع
مات وتركها ميراثا للبائع واقام البائع البينة على البيع فالقاضي
يقول للذي في يده ان شئت فصدق الشفيع وخذ منه الثمن
وتكون العهدة عليك وان ابيت ذلك اخذ الشفيع الدار
ودفع الثمن الى المشتري والعهدة على البائع وكذلك لو قال
الذي في يده وهبها لي فلان وقال الشفيع اشتريتها من فلان
وصدق البائع الشفيع فهو على ما وصفت لك كذا في
المحيط وفي الفتاوى العتابية ولو وجد الشفيع وجده
عيبا رجع بالنقصان ورجع المشتري على بائعه ايضا
ان كان نقصانا كما في التتارخانية وان كان المشتري اشترى
الدار على ان البائع بريء من كل عيب بها وكان بها عيب علم

ضي

المشتري بذلك ورضي كان للشفيع ان لا يرضى بالعيب ويرد
كذا في الكافية وفي الاصل اشترى دارا وهو شفيعها ولها
شفيع غايب ونقض المشتري بيتا منها وطريقه على
رجل ثم باع ما بقي منها ثم قدم الشفيع الغايب فاراد ان ينقض
صدقة المشتري وبيعه فاذا باع ما بقي من الدار من
المصدق عليه ليس له ان ينقض صدقته في الكل انما
ينقض في النصف واذا باع باقي الدار من رجل اخر
كان للغايب ان ينقض تصدقه في الكل وفي الاصل
ايضا تسليم الشفعة في البيع تسليم في الهبة بشرط
العوض حتى ان الشفيع اذا اخبر بالبيع فسلم الشفعة
ثم تبين انه لم يكن بيعا كان هبة بشرط العوض فلا
شفعة له وكذا تسليم الشفعة في الهبة بشرط العوض
تسليم في البيع كذا في المحيط رجل اشترى دارا وهو
شفيعها بالجوار فطلب جار اخر بها الشفعة فسلم المشتري
كل الدار اليه كان له نصف الدار بالشفعة والنصف بالشرى
كذا في الظهيرية اذا باع دارا على ان يكفل فلان بالثمن
وهو شفيعها فكفل لا شفعة له كذا في الغنية واذا وقع
الصلح عن دين على دار ثم تصادقا ان لا دين فللشفيع
ولو كان مكان الصلح بيع فللمشتري فللشفيع الشفعة
كذا في التتارخانية رجل اشترى امة بالف وتقابضا
ووجد بها عيبا ينقصها العشر فاقر البايع وجحد فصالحه
على دراهم جاز وللشفيع اخذها بحصة العيب استحسانا
لان الثابت مال ولشك الو امتنع الرد يرجع بقيمة النقصان
مع ان الاعتياض عن الحق لا يجوز ولو اشترى بحصة
العيب شيئا يجوز ثم ثبت ان الدار بالمال وللمشتري

ان يبيعها

ان يبيعها مرابحة على كل الثمن وليس له ان يبيع الدار والامة
مرابحة بدون البيان واذا وجد المشتري بالدار عيبا
وردها بقضاء قبل ان ياخذها الشفيع بطلت شفعته
وعاد المشتري على حقه في العيب وله ان يرجع الامة
على الثمن فلم يرجع الى العيب اشترى دارا وصالح
من عيبها على عبد اخذها الشفيع بحصتها فان تعلل
فاستحق العبد ورد بخيار رؤية او شرط في الصلح هو
فالشفيع بالخيار ان شا ادى حط العيب الى المشتري
وان شا ترك الدار ويكون المشتري على حقه مع البايع
ان اخذها بالقضا لانه فسخ في حق الكل واذا كان
المشتري رد العبد بعيب بقضا او ورده برضا لا شيء
على الشفيع كذا في الكافي الاستحقاق بحق سابق
على العقد يبطل العقد ويحق متاخر عنه لا يبطله
والشفيع كما يتقدم على المشتري يتقدم على من قام
مقام المشتري اشترى دارا بالف فرد المشتري في الثمن
او صالح عن دعوى فيها بانكار ثم اخذها الشفيع بالف
بقضا رجع المشتري على البايع بالزيادة وعلى المدعي ببدل
الصلح لان الشفيع استحق بحق سابق على الصلح
وعلى الزيادة فاوجب بطلان الصلح والزيادة من الاصل
ولو سلم المشتري الدار الى الشفيع بغير قضا ففي
الزيادة يرجع على البايع وفي بدل الصلح لا يرجع على المدعي
ولو كان المشتري شفيعا بعضا نصفها المشتري ووهب
لرجل فلم يكن له اخذ نصفها فاذا اخذ بطل هبته في النصف
الاخر كذا في التتارخانية رجل شهد بدار لرجل وذلك شهادته
ثم اشتراها الشاهد وله شفيع فشفيعها احق من المقر له

فان لم يكن لها شفيع ولكن المشتري اشتراها لرجل امره بذلك
فالدار للامر دون المتولي فانه اشتراها لنفسه والشفيع
غائب فللمتولي ان ياخذ الدار فاذا اشترى الدار من المتولي
له ثانيا قبل ان يحضر الشفيع فان حضر الشفيع فهو
بالخيار ان شاء اخذه بالشرى الاول وان شاء اخذه بالشرى الثاني
ولو اشترى الدار رجل خرج من يد البيع ثم اشترى الشاهد
من ذلك الرجل يخير الشفيع فاذا اخذها بالبيع
الاول بطل البيع الثاني ورجع الشاهد بالثمن على بايعه
تصادق البايع والمشتري ان البيع كان تلجية او كان
فيه خيار البايع او المشتري وفسخا العقد لا يصدقان
في حق الشفعة وله الشفعة امر بشراء دار بعينها بعبد
عين للمامور صح الشرى للامر ورجع المامور على
الامر بقيمة العبد داران متصلان لرجلين وكان
كل واحد من الدارين مشتركا بينهما فباع كل واحد منهما
حصته من هذه الدار بحصة صاحبه من الدار الاخرى
فالشفعة لهما دون الجيران كذا في الكافي واذا باع المفاوض
دارا له خاصة من ميراث وشريكه شفيعها بدار له
خاص من ميراث فلا شفعة له كذا في المبسوط وحكم
احد المتفاوضين بشفعة صاحبه بسبب دار له خاصة
ورثها جاز كذا في محيط السرخسي ولو كان المضارب
هو الشفيع بدار من المضاربة فيها ربح وليس في يده
من مال المضاربة غيرها فللمضارب الشفعة
كان لرب المال ان ياخذها لنفسه وان سلم رب المال
كان للمضارب ان ياخذها لنفسه كذا في المبسوط اشترى
المضارب ببعضها دارا واشترى رب المال الى جنبها دارا

اخرى

اخرى لنفسه فللمضارب اخذها بالشفعة بما بقي من مال
المضاربة كذا في محيط السرخسي واذا اشترى المضارب
دارين من مال المضاربة وهو الف درهم يساوي كل
واحد منهما الف درهم فبيعت دار الى جنب احداهما
فلا شفعة للمضارب فيها والشفعة لرب المال لان كل
واحدة منهما مشغولة براس المال والمضارب شريك
في الربح ولا ربح في واحد منهما فلا ياخذ المضارب بالشفعة
وهذا لان الدور لا تقسم قسمة واحدة لما فيها من التفاوت
في المنفعة فتعتبر كل واحدة منها على الانفراد ولو كان
في احداهما ربح كان له الشفعة مع رب المال لانه شريك فيها
بحصته من الربح كذا في المبسوط مضارب في يده الفان
من مال المضاربة اشترى باحداهما دارا ثم اشترى
بالاخرى دارا هو شفيعها بدار المضاربة وبدار له خاصة
ورب المال شفيعها بدار فلرب المال ثلثها بالشفعة
وثلثها للمضارب خاصة وثلثها على المضاربة فان
كان هناك شفيع اخر فله ثلث الدار وثلثاها بين
المضارب ورب المال والمضاربة اثلاثا كذا في محيط
السرخسي وفي الفتاوى العتابية ولو طلب الشفيع
الشفعة ثم اقر بداره لرجل فللمقر له الشفعة ولذا لو اخذ
بدار ثم بيعت بجنبها ثم بالشفعة ثم بيعت اخرى بجنب
الماخوذة فاخذها ثم اخرى بجنبها بقضا فاستحقت داره
الاولى والماخوذة الاولى على المشتري وبقيت الاخرى
للاخذ فان استحقت اخرى الدار بطلت الشفعة
الا اذا اجاز المستحق فحينئذ لم يبطل فان كان احد
المشتريين شفيعا البعض فللشفيع الاخر نصف الدار بنصف

قيمة الاخرى كذا في التترخانية باع دارا من اجنبي فاخذه
الشفيع فرض البايع وهو مورث الشفيع وحط عن المشتري
بطل الحط ولو ولاه المشتري من وارث البايع او رابح صح
الحط ويلزم حط مثله عن الوارث كذا في الكافي ولا تقبل
شهادة الآمر بالشرا والاشهاد ابنه اذا كانت الدار في يد
البايع ولو كانت في يد المشتري جازت شهادة ابن البايع
ولو شهد ابنان على تسليم الشفيع وعلى تسليم المشتري
تهاترا ولو شهد الشفيع بالشرا فان طلب الشفعة بطلت
شهادته انه سلم جازت ولو قال الجزء فطلب جاز
ولو اقر انه باعها من فلان فانكر المشتري ثبتت الشفعة
ولو كان المشتري غايبا لم يأخذ حتى يحضر ولو اقر ولم يسم
المشتري فلا شفعة كذا في التترخانية واذا وكل الذمي مسلما
بطلب الشفعة لم تقبل شهادة اهل الذمة على الوكيل المسلم
بتسليم الشفعة لانهم يشهدون على المسلم بقول منه
وهو ينكر ذلك وشهادة اهل الذمة لا تكون حجة على
المسلم وان كان الذمي هو الوكيل وقد اجاز الشفيع
ما صنع الوكالة قبلت شهادتهم وبطلت الشفعة لان
الوكيل لو اقر بذلك جاز اقراره فان الموكل اجاز صنعه
مطلقا فكان على العموم فكذلك اذا شهد بذلك عليه اهل
الذمة لان شهادتهم على الذمي في اثبات كلامه حجة
كذا في المبسوط ولو قال البايع وهبته منه وقال المشتري
اشتريته بكذا فالقول للبايع ويرجع في الهبة فان
حضر الشفيع واخذها بالثمن [illegible] ولو اخذها قبل
المشتري ثم حضر البايع وانكر البيع اخذها كذا في التترخانية
اشترى المضارب دارا ورب المال شفيعها فسلم ثم

باعها

باعها المضارب لا شفعة له لان المضارب باع ولا شفعة
لمن بيع له كذا في محيط السرخسي واذا قضى القاضي
للوكيل بالشفعة فابى المشتري ان يكتب له كتابا يكتب
القاضي بفصله كتابا واشهد عليه الشهود كما
انه يقضي له بالشفعة وان كان المشتري متمتعا عن
التسليم والانقياد فكذلك يكتب له حجة بقضائه
ويشهد على ذلك نظرا له واذا كان في سائر الخصومات
يعطي القاضي المقضي له سجلا اذا التمس ذلك ليكون
حجة له فكذلك في القضاء بالشفعة يعطيه ذلك كذا
في المبسوط وفي اليتيمة سئل علي بن احمد عمن اشترى
نصيبا معلوما من ارض مشتركا بين جماعة بعضهم
حضور وبعضهم غيب اشترى نصيب الحضور
هل للشفيع الجار ان يأخذ من المشتري ما اشترى مع
غيبة الشريك فقال نعم له ان يأخذ ذلك وان حضر
الشريك كان احق من الجار كذا في التترخانية وقال محمد
رح في الاصل اذا اشترى رجل دارا بعبد بعينه
واخذ الشفيع الدار بقيمة العبد بقضاء القاضي وان
كان المشتري قد سلم الدار الى الشفيع بقيمة العبد
بغير قضاء ان كان قد سمى للشفيع قيمة العبد كذا
وكذا حتى صار الثمن معلوما من كل وجه ثم استحق
العبد ليس للمشتري على الدار سبيل ويجعل ذلك بيعا
مبتدأ ويكون للبايع على المشتري قيمة الدار وان لم يكن
سمى للشفيع قيمة العبد كذا وكذا ولكن قال سلمت
لك الدار بقيمة العبد كان للمشتري ان يسترد الدار
من الشفيع كذا في المحيط واذا اشترى دارا بعبد

ثم وجد بالعبد عيبا فرده اخذه الشفيع بقيمة العبد
صحيحا لان العبد دخل في العقد بصفة السلامة
وانما يقوم في حق الشفيع على الوجه الذي صار مستحقا
بالعقد ولو اشترى هكذا ارضا وشرا العبد بالدار
سوا كذا في المبسوط ولو اشترى دارا بعبد غيره واجاز
صاحب العبد الشرا فللشفيع الشفعة واذا وقع الشرا
بمكيل او موزون بعينه واستحق المكيل او الموزون
فقد بطلت الشفعة لان المكيل او الموزون اذا كان
بعينه فهو والعبد سوا وان كان المكيل والموزون
في الذمة فاوفاه ذلك ثم استحق ذلك فشفعة
الشفيع على حاله لان المكيل والموزون اذا كان في الذمة
فهو والدراهم سوا وفي المنتقى ابن سماعة عن محمد في
رجل اشترى من اخر دارا بالكوفة بكر حنطة بعينه او
بغير عينه وتقابضا ثم خاصمه الشفيع في الدار ثمه و
فقضى له عليه بالشفعة والدار بالكوفة او بجرو وقال
ان شا المشتري اخذ الشفيع حتى ياخذ منه حنطة
مثلها بالكوفة وسلم له الدار ثمه وان شا سلم الدار
واخذ منه ثمه قيمة الحنطة بالكوفة وقال في موضع
اخر من المنتقى ان كان قيمة الكر في الموضعين سوا
اعطاه الكر حيث قضي له بالشفعة فان كانت القيمة
متفاضلة نظر في ذلك ان كان الكر في الموضع الذي يريد
الشفيع ان يعطي على فذلك اي الشفيع يعطيه
ذلك حيث شا وان كان ارخص فرضي به المشتري
فذلك اليه وان تساويا واعطى المشتري قيمة ذلك في الموضع
الذي فيه ما يساويه في موضع الشرا كذا في المحيط

ولو

ولو اشترى دارا بكر من رطب فجا الشفيع بعدما انقطع
الرطب من ايدي الناس فانه ياخذ الدار بقيمة الرطب
هكذا في الكافي والله تعالى نسأله الهداية والتوفيق

باب القسمة

هي مشروعة بالكتاب
قال الله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم وقال
تعالى واذا حضر القسمة وبالسنة الشريفة لانه صلى
الله عليه وسلم قسم غنايم حنين وفي غيرها من
المغازي وقسم في المواريث وعلى جوازها انعقد
الاجماع ولان فيه انصاف الشركا واظهار العدل
بايصال الحق الى مستحقه وكان واجبا مناسبته
يعني وجه ايراد كتاب القسمة عقيب كتاب الشفعة
ان احد الشريكين في الدار مثلا اذا اراد الافتراق عن
شركتها باع نصيبه على غير شريكه فيجب الشفعة
لشريكه وانه اذا اراد الافتراق قسم فيفرز نصيب
كل واحد منهما لينتفع بنصيبه على وجه الخصوص
وهذا اذا اراد الافتراق مع بقا الملك والاول مع عدم
بقائه وقال الشيخ الرحمتي والاولى ان تكون المناسبة
ان الشفيع يملك مال المشتري جبرا عليه وفي القسمة
يملك نصيب الشريك جبرا عليه اذ هي مشتملة على
معنى المبادلة مطلقا في القيمي والمثلي وانما قدم الشفعة
لانها تملك كلي وهذا تملك البعض فكانت اقوى اهـ
وذكر في النهاية ومعراج الدراية في بيان المناسبة انها
ان القسمة باقية للشفعة قاطعة لوجوبها لقوله صلى
الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود
وصرفت الطرق فلا شفعة والنفي يقتضي سبق الثبوت

فكانت بين الشفعة والقسمة مناسبة المضادة والمضادان
يفترقان الا مع تقدم المثبت على المنفي كما في الامر والنهي
والنكاح والطلاق اهـ وبحث فيه قاضي زاده بان
هذه المناسبة لا تتم الا على مذهب من لا يقول
بالشفعة بالجوار وبان القول بان النفي يقتضي سبق
الثبوت يتأتى ما تقرر في المعقولات من ان السلب
لا يقتضي وجود الموضوع والقول بان المتضادين
يفترقان ابدا مع تقدم المثبت على المنافي ممنوع الا
ترى الى قوله تعالى وجعل الظلمات والنور وقوله
تعالى خلق الموت والحياة فقد تقدم المنفي على المثبت
هي اي القسمة لغة اسم للاقتسام كذا في المغرب يعني
اسم مصدر حقيقي او اسم من التقسيم كما في القاموس
والانسب بلفظ القاسم الاتي ان يكون مصدر قسم
بالفتح لسماعي كالقدوة مثلثة الاول كما في القاموس اهـ
للاقتداء والاسوة للائتسا وشرعا القسمة جمع نصيب
شائع اي غير معين في مكان معين وهذا متعلق
بجمع وقال الشيخ الرحمتي وصوابها ان يقال تشتمل على
جمع نصيب الخ وعلى مبادلة ما في يد الشريك بما في
نصيب صاحبه وفي الهندية عن محيط السرخسي
اما تفسيرها فهي عبارة عن الافراز وتمييز بعض الانصبا
عن البعض وانها لا تنفك عن المبادلة وسببها
طلب الشركا او بعضهم الانتفاع بملكه على وجه
الخصوص فان كلا من الشركا منتفع بنصيب غيره
وممنوع من الانتفاع به فيجب على الحاكم ان يجيبه
اليه فلو لم يوجد طلبهم لا تصح القسمة اي لم يصح

عقد

عقد القسمة لانه بالايجاب والقبول وذلك بطلب كل فيجعل
احد الطلبين ايجابا والاخر قبولا ولذا لو طلب البعض ورضي
الباقي فتكون من قبيل التعاطي من احد الجانبين ومنهما
ولذا حكم القاضي على الابي يقوم مقام القبول وركنها هو
هو الفعل الذي يحصل به اي بذلك الفعل الافراز
عن نصيب كل مستحق والتمييز بين الانصبا كالكيل
في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات
والعد في العدديات كما في النهاية قال الشامي وفيه
نظر لانهم اختلفوا في ان اجرة القسمة على الرؤس او
الانصبا واتفقوا على ان اجرة الكيل ونحوه على الانصبا
شرنبلالية عن المقدسي اي ومقتضى كونه ركنا
ان يكون على الخلاف اهـ قال ابو السعود ويجاب
بما سياتي من ان الكيل والوزن ان كان للقسمة قيل
هو على الخلاف اهـ فليتامل اهـ وشرطها اي شرط
الاجبار عليها وكذا هو شرط جوازها بعدم اضاعة
المال عدم فوات المنفعة المطلوبة مما يقسم وهي المنفعة
المعهودة التي كانت موجودة قبل القسمة فالقسمة
ولذا لا يقسم نحو حائط وحمام وحانوت مما لا ينتفع به
النفع المعهود بعد القسمة والا فالحمام بعدها قد ينتفع
به لربط الدواب وغير ذلك لا المنفعة المعهودة التي
كانت قبل القسمة وفي محيط السرخسي واما شرطها
فشيوع لا تتبدل منفعته بالقسمة ولا تفوت لان الاجزا
لتكميل المنفعة وثمرة الملك فمتى تبدل المنفعة كانت
تفويتا وتبديلا لا افرازا وتقسيما اهـ واذا ادعى
لم يجبر الحاكم عليها ولا تحال لكن لو رضي الجميع وقسم نحو الحائط

نصيب صح

والحاصل وان لم يجعل للنهي عن اضاعة المال وحكمها
تعيين كل من الشركاء على حدة يعني تعيين نصيب
كل واحد منهم من نصيب صاحبه بحيث لا يبقى لكل
واحد منهم تعلق بنصيب صاحبه زيلعي واعلم
ان القسمة في الاموال المشتركة نوعان قسمة اعيان
وقسمة منافع وهي المهاياة ثم الاعيان تارة تكون
مما لا ينقل كالدور والعقار وتارة تكون مما ينقل كالعروض
والحيوان والحبوب من المكيل والموزون وغير ذلك
وقد تكون القسمة بتراضي الشركاء كلهم وقد تكون برضى
البعض وذلك الى القاضي وامينه كما في الينابيع وتسمى
القسمة مطلقا مثليا كان المقسوم او قيميا تعني معنى
الافراز وهو اي الافراز اخذ عين حقه وعلى معنى
المبادلة وهو اخذ عوض حقه يعني ان القسمة
تشتمل على تمييز الحقوق والمبادلة والتمييز هو الظاهر
في ذوات الامثال والمبادلة في غيرها والدليل على
ان فيها معنى الافراز والمبادلة ان ما ياخذ كل واحد
منهما يشتمل كل جزء من اجزائه على النصيبين فكان
نصفه ملكه ولم يستفد من جهة صاحبه فكان
افرازا والنصف الاخر كان لصاحبه اخذه عوضا عما
في يد صاحبه من نصيبه فكان مبادلة ضرورة
ولكن معنى الافراز هو الغالب في المثلي من المكيلات
والموزونات وما في حكمه وهو العددي المتقارب كالجوز
والبيض فان معنى الافراز غالب فيه اي في العددي
المتقارب ايضا كالمثلي لانه غالب في المثلي وذلك لعدم
التفاوت بين ابعاضه لان ما ياخذه كل واحد منهما

عن نصيبه

من نصيب شريكه مثل حقه صورة ومعنى فامكن ان يجعل
عين حقه ولهذا جعل عين حقه في القرض والصرف والسلم
لانه لو كان مبادلة لما صح في القرض للافتراق قبل قبض
احد العوضين ولا في السلم والصرف لحرمة الاستبدال
فيهما وكذلك في قضاء الدين جعل المقبوض عين حقه
حتى يجري فيه الجبر ولو كان غيره لما جرى اذ لا يجبر احد
على المعاوضة وكذا جاز لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال
غيبة صاحبه ولو كان مبادلة لما جاز وكذا لو كانا اشترياه
جاز لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة على حصته من
الثمن ولو كان مبادلة لما جاز ابن كمال عن الكافي
ومعنى المبادلة غالب في غيره اي غير المثلي كالحيوانات
والعروض والعقار وهو القيمي وانما غلبت المبادلة
فيه للتفاوت فيها فلا يمكن ان يجعل كانه اخذ عين حقه
لعدم المبادلة بينهما بيقين اذا تقرر هذا الاصل فياخذ
الشريك حصته بغيبة صاحبه قال في الذخيرة ان الملك
لا يثبت لواحد من الشركاء في سهم بعينه بنفس القسمة
بل يتوقف باحد معان اربع اما بالقبض او قضاء القاضي
او القرعة او يوكل رجلا يلزم كل واحد منهم سهما اهـ وفي
القنية والمقبوض بالقسمة الفاسدة يثبت الملك فيه
ويفيد التصرف كالمقبوض بالشراء الفاسد اهـ في الاول اي
المثلي لعدم التفاوت بين ابعاضه كما تقدم لا ياخذ الشريك
حصته بغيبة صاحبه في الثاني اي القيمي للتفاوت وليس
لاحدهما اذا اشتريا شيئا ان يبيع نصيبه مرابحة على حصته
من الثمن في الثانية مكيل او موزون بين حاضر وغائب
او بين بالغ وصغير فاخذ الحاضر نصيبه في غيبة صاحبه

من المكيل ونحوه واخذ البايع نصيبه في حال صغر شريكه
نفذت القسمة ان سلم حظ الاخرين والا بان لم يسلم
حظ الاخرين بان هلك قبل ان يصل اليه لا يكون الهلاك
على الصغير والغايب بل يكون على الحاضر والغايب معا
وعلى الصغير والكبير معا وفي الذخيرة واذا كان بين
رجلين شيء من المكيل والموزون وهو في يد احدهما
واقتسماه فالذي هلك يهلك عليهما والذي بقي فهو بينهما
الاصل في هذه المسالة واجناسها ان قسمة المكيل والموزون
اذا هلك نصيب احدهما قبل القبض تنتقض القسمة
ويعود الامر الى ما كان قبل القسمة ولو كان الهالك نصيب
من كان المكيل والموزون في يده دون نصيب الاخر
لا تنتقض القسمة وعن هذا الاصل قال لصبرة مشتركة
بين دهقان اي مالك الارض وزراع وهو الاكار امره
الدهقان بقسمتها اي قال له اقسم الغلة واعزل نصيبي
من نصيبك فقسم الزراع والدهقان غايب ثم هلك
نصيب احدهما فينظر ان ذهب بما افرزه للدهقان
اي بحمل نصيب الدهقان اولا فلما رجع اذا قد هلك ما
افرزه لنفسه فهلاك الباقي عليهما جميعا لانهما لم تتم القسمة
الا بالايصال ويكون ما حمل الى الدهقان بينهما وفي الهندية
عن الذخيرة بعد ذكر الاصل المتقدم فبعبارتها قلنا ان
الدهقان اذا قال للاكار اقسم الغلة واعزل نصيبي من
نصيبك ففعل ثم هلك نصيب احدهما قبل ان يقبض
الدهقان فالقسمة تنتقض ويرجع الدهقان على
الاكار بنصف ما قبض لان نصيب الدهقان هلك
قبل قبضه وان هلك نصيب الاكار لا تنتقض القسمة اهـ

قال

قال السيد احمد ولي مؤلف يعني ما نقله الشارح عن الخانية
مخالف لهذا فلو قال ان ذهب ما افرزه للدهقان اولا فالباقي
بينهما وان ذهب نصيب نفسه اولا فهو عليه ولا تنتقض
القسمة لوافق الاصل المذكور فليتامل وان قسم الزراع
الصبرة وافرز نصيب الدهقان وذهب بحظ نفسه
اولا الى بيته فلما رجع اذا قد هلك ما افرزه الدهقان
فالهلاك على الدهقان خاصة كذا قاله بعض المشايخ
قال السيد احمد يتامل في وجهه مع الاصل السابق والظاهر
اعتباره ولذا نسب قاضيخان في فتاواه هذا الى بعض المشايخ
فظاهره وجود الخلاف والاصل المذكور نقله في الهندية
عن الذخيرة معتمدا له اهـ وقال الشامي ولعل وجهه
انه في الاول لما ذهب بحصة الدهقان اولا قصد القبض
للدهقان اولا والقبض لنفسه فيما بقي بعد رجوعه
فلما رجع ورأى الباقي قد هلك قبل القبض منهما فيكون
عليهما الهلاك البعض قبل القسمة اصلا بخلاف ما اذا حمل
نصيب نفسه الى بيته اولا فانه بمجرد التحميل والذهاب
صار قابضا فقد هلك الباقي بعد قبض نصيبه
يقينا فيكون هلاكه على صاحبه لكن لا يخفى مخالفته
لقوله في المسالة الاولى نفذت القسمة ان سلم حظ
الاخرين والا لا فانه هاهنا سلم حظ الغايب وهو
الدهقان انتقضت القسمة بحمل الهلاك عليهما ولما سلم
حظ الحاضر وهو الزراع دون الغايب نفذت وكون القسمة
هنا مأمورا بها من الغايب بخلاف المسالة الاولى لا يظهر
به الفرق ولئن سلم فالمراد عدم الفرق كما يقتضيه
التشبيه في قوله كصبرة فليتامل هذا وفي نقلا في البزازية

بعدما تقدم عن واقعات سمرقند ما نصه اذا تلفت حصة
الدهقان قبل قبضه نقضها ويرجع على الاكار بنصف
المقبوض وان تلفت حصة الاكار لا تنتقض لان تلفه
بعد قبضه والغلة كلها في يده ولا اصل ان هلاك حصة
الذي المكيل في يده قبل قبض الاخر نصيبه لا يوجب انتقاض
القسمة وبهلاك حصة من لم يكن المكيل في يده قبل قبض
حصته انتقاضها اه وهذا التقرير والاصل واضح
وموافق للمسالة الاولى وقد اطال صاحب الذخيرة في
تقريره ونقله عن شيخ الاسلام وقال عليه تخرج جنس هذه
المسائل ثم قال وقال الحاكم هذا الجواب وساق ما ذكره انا ناخ
هنا عن الخانية ولعل قول الخانية لذا ذكره بعض المشايخ
اراد به الحاكم المذكور واشار بلفظ لذا لعدم اختياره والله
تعالى اعلم اه وقال الشيخ الرحمتي قوله لتصيرة اي ولو
كان اخذ المزارع حظ الدهقان اولا لانه نائب عنه
وصار المزارع كانه نائب لانه لم يقم هو مقام الدهقان
ولم يوجد من يقوم مقامه فكان الباقي على شيوعه
فيهلك عليهما اما لو اخذ نصيب نفسه اولا فكان عاملا
لنفسه وقد وجد من يقوم الدهقان وهو المزارع لانه
مأمور بالقسمة فنفذت قسمته وصار نصيب
الدهقان في يده امينة فهلاكه عليه اه وقال الشيخ ابو الطيب
السندي في حاشيته في قول الشارح فيما تقدم ان سلم
حظ الاخر اي نفذت القسمة ان سلم حظ الغائب
والصغير وان لم يسلم بل هلك حظ الغائب او الصغير
لم تصح القسمة اقول عبارة قاضيخان والمتن يشير
الى انه ينقض القسمة ما لم يصل اليه حقه فكذلك فقام

مقامه

مقامه كما اذا كان المكيل والموزون بين حاضر وغائب
او صغير وبالغ فاخذ الحاضر او البالغ نصيبه فهلك
الباقي قبل ان يصل ذلك اليهما لا يكون الهلاك على الصغير
والغائب وهذه الصورة اذا كانت مشتركة بين الدهقان
والمزارع فقال الدهقان للمزارع اقسمها وافرز نصيبي
فقسم المزارع والدهقان غائب فحمل نصيب الدهقان
الى الدهقان فلما رجع اذ قد هلك ما افرزه لنفسه كان
الهلاك عليهما وان قسم الصبرة وافرز نصيب الدهقان
وحمل نصيب نفسه الى بيته اولا فلما رجع اذ قد هلك
النصيب المفرز للدهقان كان الهلاك على الدهقان
خاصة لذا قاله بعض المشايخ اه اقول اما صورة الصبرة
فهي موافقة لما في الهداية والكنز والملتقى وغيرها
من المتون والشروح من ان الافراز اغلب في المثليات
فياخذ الشريك حصته منها حال غيبة صاحبه اه
ولهذا لو ياخذه لنفسه حتى هلك كان الهلاك عليهما
لعدم صحة القسمة ولما اخذ الحاضر لنفسه كان الهلاك
حصة الدهقان فقط واما ما ذكره الشارح من قوله
نفذت القسمة القول الصحيح فهو مخالف لما ذكرناه من
المتون والشروح وكذلك ما في فتاوى قاضيخان
من قوله لا يكون الهالك على الصغير والغائب لانه
اذا صحت القسمة مع الغيبة فالباقي من لوازم الهالك
عليهما فلبينا ما لا ان يقال ما في قاضيخان من قوله
لا يكون الهالك على الصغير والغائب صورته ما اذا كان
لهما دين على اخر فقبض الحاضر والبالغ ثم قسم لانه
حينئذ لم يكن مأمورا في القبض من غيره ويكون ما في

ما في صدر العبارة من قوله وللغرماء ان ينقض القسمة اي
الدائن فليتدبر اه كلام السيد ابي الطيب اه ما نقله
عن الخانية ملخصا وان وصلية اجبر عليها اي على قسمة
غير المثلي في متحد الجنس منه لتقاربها لا لانها اختلف جنسه
ويعلم منه حكم الجبر على قسمة المثلي في الجنس الواحد بالاولى
وقد صرح به في الهندية عن محيط السرخسي فلا وجه لاعتراض
الشرنبلالي به على صاحب الدرر سوى رقيق غير المغنم
اي منفردا عند الامام ولو كان اماء خلصا او عبيدا خلصا
يجوز عندهما ووجه قوله رح فحش التفاوت لاختلاف
الاغراض والمقاصد والمعاني الباطنة كالذهن والكياسة
فتتعذر المعادلة فيلحق بالاجناس بخلاف سائر الحيوانات
بدليل ان الذكر والانثى منها جنس ومن الرقيق جنسان
وقيد بغير المغنم لان رقيق المغنم تجوز قسمته اتفاقا اذ حق
الغانمين في ماليتها لا عينها حتى كان للامام بيعها وقسمة
الثمن بخلاف التركة فان الحق فيها متعلق بالعين والمالية
ولو كان مع الرقيق غيره مما يقسم جازت القسمة تبعا
افاده السيد احمد عند طلب احدهم فيجبر على القسمة
في متحد الجنس من القيمي لما فيها اي القسمة من معنى الافراز
وفيها تكميل المنفعة والمقاصد متقاربة لاتحاد الجنس
وجاز الاجبار عليها لوقوع الضرر عنهم والطالب للقسمة يسأل
القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه وان يمنع الغير عن
الانتفاع بملكه فيجب على القاضي ان يجيبه على ان المبادلة
قد يجري فيها الجبر على الاجناس عند تعلق حق الغير كما اذا اخذ
بالشفعة بعض كما يجبر المشتري على تسليم الدار للشفيع
وان كان التسليم به معاوضة كما في محيط السرخسي وتبيع

ملك

ملك المديون لوفاء دينه وهذا بناء على قولهما خلافا لابي حنيفة
كما تقدم في باب الحجر وعبارة الشيخ في قضاء الدين يعني
المديون يجبر على القضاء والديون تقضى بامثالها فصار
ما يؤدي بدلا عما في ذمته وهذا جبر في المبادلة قصدا وقد جاز
فلان يجوز بلا قصد اليه اولى لان المقصود الاصلي هنا انتفاع
احدهم بنصيبه على الخلوص دون الاجبار اه ومن
هنا علمت ان العلاوة قول الشارح على ان المبادلة الخ
مرتبط بما يستفيد من قوله لما فيها من معنى الافراز اي
لا لما فيها من معنى المبادلة على ان المبادلة الخ وينصب
قاسم يرزق من بيت المال ليقسم ذلك القاسم بين
الناس بلا اجر منهم وهو اي نصب الامام والقاضي
قاسما احب لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث
انه يتم بها قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان
منفعته تعود الى العامة كمنفعة القضاة والمقاتلة والمفتي
فتكون كفايته من بيت المال لانه اعد لمصالحهم لمنفعة
صلاح هذا اذا كان في بيت المال سعة ويرزق من معد
لمال الخراج ونحوه ما اخذ من الكفار كجزية وصدقة
بني تغلب فلا يرزق من بيوت الاموال الثلاثة الباقية
كبيت مال الزكاة وغيره الا بطريق القرض قهستاني وما
في بعض النسخ وجب بالجيم غلط اذ لا دليل على وجوب
ذلك في الكتاب والسنة وان لم ينصب قاسم يكون رزقه
من بيت المال نصب القاضي من يقسم بين من شركاء القسمة
فيأخذ باجر المثل سواء طلب كلهم القسمة او بعضهم
وتكون الاجرة عليهم لان النفع لهم على الخصوص ولانها اي
القسمة ليست بقضاء حقيقة بل انما تشبه بالقضاء من حيث

انها تستفاد بولاية القضا حتى ملك القاضي جبر الآبي ولم يملك
الاجنبي كما في الكفاية فجاز له اي للقسام ولو كان قاضيا
اخذ الاجرة عليها اي على القسمة وان وصلية لم يجز للقاضي
اخذ الاجرة على القضا درر اه حموي زاده وفي القضا ويجوز
للقاضي ان يقسم بنفسه باجر لكن الاولى ان لا ياخذ لانه يشبه
القضا والا فليست القسمة قضا على الحقيقة ومثله في
النهاية والمعراج والزيلعي وقال الاتقاني انه لا يفترض عليه
ان يقسم بينهم بالمباشرة ومباشرة القضا فرض عليه
وفي العزمية فان باشر القاضي بنفسه فعلى رواية كون القسمة
من جنس عمل القضا لا يجوز له اخذ الاجر وعلى رواية
عدم كونها منه جاز والاول اصح لتمام قطع المنازعة
اه وفي الذخيرة يجوز للقاضي ان ياخذ على القسمة اجرا
ولكن المستحب له ان لا ياخذ قال في الغاية الواجب
على القاضي الامر بالقسمة دون القسمة فلم يكن هذا من
اعمال القضا فجاز له ان ياخذ الاجر قال المقدسي هذا يقوي اشكاله
على قولهم لكنها ما يحصل به الافراز من كيل ووزن
واشباههم من اعمال القضا تارة وبغيرهم اخرى فتامل اه
قلت تامله فلا احد التعارض بين كلامهم فان القاضي
يامر بالقسمة ولا تتم من القسام الا بالافراز ونسب
للقاضي ان يقضي بصحتها الا بعد تحقق الافراز فلا تنافي
والله تعالى اعلم وفي الغرر نقله في الدر المنتقى عن الخلاصة
والوهبانية وقال واقره القهستاني وغيره ام ويقدر
القاضي للقسام اجر المثل كيلا يطمع في مالهم ويتحكم
بالزيادة والافضل ان يرزق من بيت المال لانه اروح
وارفق بالعامة وابعد من تهمة مواضعته مع القاضي

زيلعي

زيلعي وهو اي اجر القسام ان استاجروه وقسم كل منهم
قدر ارثه والا بان اطلقوا فالاجرة موزعة على عدد
الرؤس مطلقا سواء طلب القسمة كلهم او بعضهم خلافا
لما في الخانية قال وان ادعى احد الشركا القسمة وابى الباقون
فاستاجر الطالب قاسما كان الاجر عليه خاصة في قول
ابي حنيفة وقال صاحباه يكون على الكل اه لا على مقادير
الانصبا خلافا لهما فانهما قالا على قدر الانصبا وهو قول
الشافعي لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كاجرة الكيال
ولان المقصود بالقسمة ان يتوصل كل واحد منهم الى الانتفاع
بنصيبه ومنفعة نصيب صاحب الكثير اكثر وهذا نظير
زوايد العين المشتركة لما كان يحصل منها لصاحب الكثير
اكثر كانت مؤنة العين عليه اكثر ولابي حنيفة ان الاجر
مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب
بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر باعتبار كسور فيه
فيتعذر اعتباره الا ترى انه لا يتصور تمييز القليل من
الكثير الا بما يفعله فيما تتعلق الحكم باصل التمييز
لان عمل الافراز وغيره لا يتفاوت جملة وقيدنا بالقاسم لان اجرة
الكيال والوزان بقدر الانصبا اجماعا وكذا سائر المؤن
كاجرة الراعي واجرة الحمل للشي المشترك واجرة الحفظ
وغيرها شرنبلالية فانها كلها على قدر الانصبا اجماعا وبه
جزم العيني لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو متفاوت
وكذا غسل الثوب المشترك فان الاجر مقابل بنقله بالتنظيف
فيتقدر بقدر الملك لانه يتفاوت وكذا النفقة المشتركة
لانها لابقا الملك فتتفاوت بتفاوته وكذا البنا والتطيين
فان الاجر مقابل بنفس البنا والتطيين وهو يتقدر

بالمكان بخلاف التمييز والزوائد متولد من الملك فيستحق
بقدر الملك وقوله زاد في الملتقى مرتبط بقوله لان اجرة
الكيال والوزان بقدر الانصباء اجماعا ان لم يكن الكيل
للقسمة بان اشتريا مكيلا او موزونا وامرا انسانا بكيله
ليعلما قدره فالاجرة بقدر السهام كذا في الدر المنتقى وان
كان الكيل والوزن لها اي للقسمة بين الشركاء ففيه الخلاف
يعني فعند ابي حنيفة على عدد الرؤوس وعندهما على
قدر الانصباء قال في الظهيرية والاصح ان قوله فيه كقولهما
لكن ذكره في الهداية بلفظ قيل فاشار بضعفه بل صرح
بعده بنفيه حيث قال ولا يفصل قال الاتقاني يعني
لا يفصل في اجرة الكيل والوزن بل هو بقدر الانصباء اهـ
وفي المواهب عن المبسوط والاصح الاطلاق قال الزيلعي
والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف
فلا يرد وان لم يكن للقسمة فالاجرة مقابلة بعمل
الكيل والوزن لا بالتمييز وعمل الكيل والوزن متفاوت
ولو اطلقنا الجواب ولم يفرق بين ان يكون الكيل
والوزن للقسمة او لغيرها واوجبنا في الكل على قدر
الانصباء كان العذر فيه ما ذكرنا من ان الاجر مقابل
بعمل الكيل والوزن وهو متفاوت فلا يلزمه واليه
مال شمس الائمة السرخسي ومال بعضهم الى الاول
فاوجب الاجر على السواء ان للقسمة والا فعلى قدر
الانصباء اهـ وتمامه فيما علقته على شرح الملتقى
والمراد بالدر المنتقى قال فيه على الاطلاق اي ان
الاجر في الكيل والوزن بقدر الانصباء وان كان للقسمة
فالعذر له اي للامام تفاوت عمله والاجر بقدر العمل

بخلاف القسام كما في البرهان اهـ وفي الظهيرية ويستوي
في ذلك قاسم القاضي وغيره وهو رواية عن ابي حنيفة
وفيها رامز المحيط وقال ابو حنيفة رحمه الله اجرة قاسم
الدور والارضين على عدد الرؤوس وقالا على الانصباء
وصورته دار بين ثلاثة لاحدهم نصفها وللاخر ثلثها
وللاخر سدسها قالوا وهذا اذا طلبوا من القاضي
القسمة بينهم فقسم بينهم قاسم القاضي فاما اذا استأجروا
رجلا بانفسهم فان الاجرة عليهم على السوية وهل يرجع
صاحب القليل على الكثير بالزيادة قال ابو حنيفة لا يرجع
وقالا يرجع وكذا اذا وكلوا رجلا ليستأجر رجلا يقسم
بينهم فاستأجر الوكيل فان الاجرة على الوكيل واختلفوا
في الرجوع قال ابو حنيفة يرجع عليهم بالاجرة على السوية
وقالا بقدر الملك وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لو طلب
احد الشريكين القسمة وابى الاخر وامر القاضي من يقسم
بينهما فالاجرة على الطالب للقسمة دون الممتنع لان
الطالب هو المنتفع بالقسمة وقالا عليهما وفي المنتقى
ابراهيم عن محمد في ابي حنيفة بين رجلين فاجر
الكيال على الانصباء واجر الحساب على الرؤوس فان كان
من عمل فهو على الانصباء وما كان من حساب فهو
على عدد الرؤوس في قياس قول ابي حنيفة وفي قولهما
على الانصباء ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان
بينهم صغير فيحتاج الى امر القاضي كذا في الكافي
وفي المنتقى ابراهيم عن محمد قاسم قسم دارا بين اثنين
واخطأ في حدها الترمذي الاجر غلطا وبين بعضهم في
نصيبه قال يستقبلون القسمة لمن وقع بناؤه في

قسمة غيره رفع بناؤه ولا يرجعون على القاسم كقسمة البنا
ولكن يرجعون عليه بالاجر الذي اخذ انه والقاسم يجب
كونه عدلا امينا لانه من جنس عمل القضا ولانه لا بد
من الاعتماد على قوله وليس ذلك الا بالامانة والعدالة
قال الشهاب الشلبي ولك ان تقول قوله عدلا يغني
عن قوله امينا اذ كل عدل امين ومن ثمة اقتصر في
الوقاية على قوله عدلا اه وهذا غفول عما ذكره السراج
حيث قال تماذر الامانة بعد العدالة وهو من لوازمها
لجواز ان يكون غير ظاهر الامانة اه ونقل هذا عن
تاج الشريعة ايضا ولا يقال انه يراد بالعدالة ظهورها
لانا نقول ظهور العدالة من لفظ العدالة غير ظاهر
اذ لا يفهم من لفظها وحده بدون القرينة كما حققه
الطوري في تكملة البحر عالما بها اي بالقسمة حتى
يكون قادرا عليها لان يقع في القسمة بسبب جهله
فان الجاهل اشد ضررا من الخائن عمدا وقال السمرقندي
فيه اشارة الى انه لا يجوز فاسقا خائنا جاهلا وعلل
الوجوب بانه من عمل القضاة قال القهستاني وفي
التعليل اشعار بان مذهب الاصرف ان العدالة
والعلم غير واجبين فيها كما انهما غير واجبين في القضا
كما ذكر فعلى هذا اريد بالوجوب الوجوب العرفي الذي
مرجعه الى الاولوية كما اشار اليه في الاختيار وخزانة
المفتين اه والاول هو الظاهر لان تولية الفاسق
والجاهل القضاء حرام فكذا القاسم اه ولا يتعين
واحد سائر القسمة يعني لا يجبر الناس على قاسم
واحد كما في الهداية والملتقى لئلا يتحكم بالزيادة

يعني

يعني لو تعين قاسم واحد ربما طلب زيادة على اجرة
مثله ولهذا المعنى لا يجبرهم الحاكم على ان يستأجروه ولان
القسمة فيها معنى المبادلة وهي تشبه القضا على ما بينا
ولا يجبرهم فيها ولهذا لو اصطلحوا فاقتسموا جاز فيجوز
بالتراضي كسائر المعاوضات والتخصيص الا اذا كان فيهم
صغير فلا ينفذ تصرفهم لعدم ولايتهم عليه وهذا فيما
اذا كان يقسم بالاجر وان قسم مجانا ربما تضرروا به
واحبوا قسمة غيره ففي تعيينه تضييق على الناس
رحمتي ولا يشترك القسام بضم القاف والتشديد
جمع قاسم اي يمنعهم القاضي من الاشتراك كيلا
يتضرر الناس لان الاجرة تصير بذلك غالية لانهم
اذا اشتركوا يتواكلون ولذلك قال خوف تواكلهم اي
كل بعض الامر الى بعض وعند عدم الشركة يتبادرون
اليها خوف الفوت فيرخص الاجر بسبب ذلك بخلاف
ما اذا اشتركوا فتواطئوا على الاجحاف بالناس بزيادة
الاجر وصحت القسمة برضا الشركاء الا اذا كان قاصر
لما قدمنا من ان فيها معنى المبادلة تجارة بالتراضي
كسائر المعاوضات الا اذا كان فيهم صغير وهذا
استثنا منقطع كما يفيده قوله بعد لعدم لزومها لقسم
لو فسر قوله الا ان وجدت بلزمت لكان استثنا
متصلا او مجنون لا نائب عنه اي عن كل واحد من الصغير
والمجنون او كان فيهم غائب لا وكيل عنه لعدم لزومها
حينئذ وافاد بذلك ان معنى الصغير وما عطف عليه
غير مانعة من الصحة بل من اللزوم فان القسمة حينئذ
تجوز موقوفة غير لازمة كما في الصغير ونحوه قال في المجانية

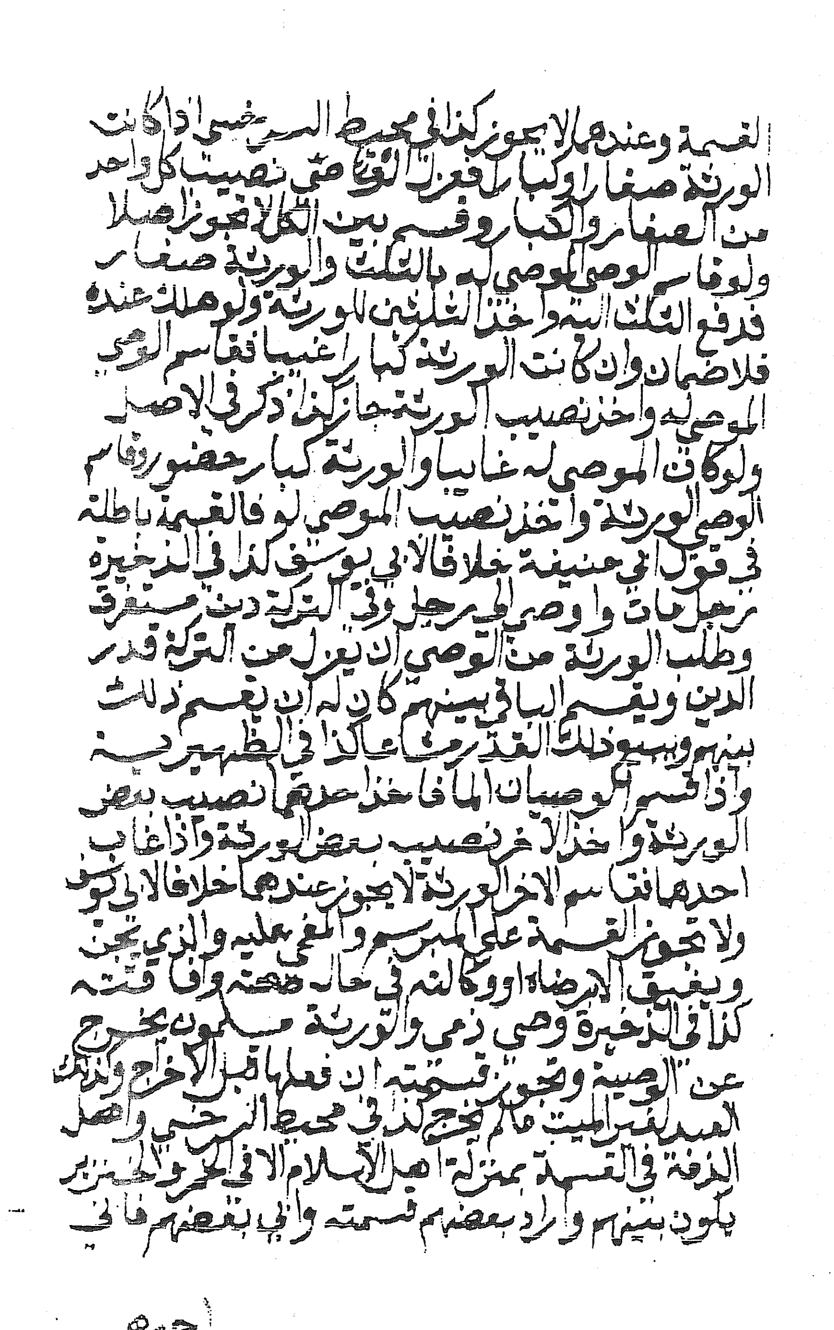
اذا قسم الورثة التركة فيما بينهم بغير امر القاضي وفي الورثة
صغير او غايب او شريك للميت لا تصح القسمة الا في
مسالة الصغير الذي ليس له ولي ولا وصي وفي مسالة
الغايب قبل حضوره كما ياتي عن السراج الا باجازة
القاضي من البلوغ وباجازة الغايب في مسالته او
باجازة الصبي اذا بلغ وكذا المجنون اذا افاق او باجازة
وليه اي الصبي فالحاصل ان القسمة اذا وقعت في الورثة
على الصغير من ذي نوع موقوفة غير لازمة فانه بالنسبة
للصبي ونحوه عقد فضولي له مجيز حالة العقد وهو الولي
او القاضي فبالاجازة تلزم وهذا في حصته مع الصغير
ونحوه باجازة القاضي او الولي او الوصي بعد بلوغه لو كان
المقتسمون ورثة لان بعض الورثة يصلح خصما عن
الباقين فيصح ان يكون بعضهم مقاسما وبعضهم مقاسما
وفي المبسوط واذا اقتسم القوم القرية وهي ميراث بينهم
بغير قضا قاض وفيهم صغير ليس له وصي او غايب
ليس له وكيل لم تجز القسمة وكذا لو اقتسموها بامر صاحب
الشرط او عامل غير القاضي كالعامل على الرستاق او
الطسوج او على الخراج او على المونة وكذلك لو رضوا بحكم
بعض الفقها فقسم بينهم على الاصل والميراث
ثم قسمها بينهم بالعدل وفيهم صغير لا وصي له او غايب ثم
لان الحكم بمنزلة الكافي او لا ولاية له على الصغير والغايب لانه
صار حكما بتراضي الخصوم فيقتصر ولايته على من وجد
منه الرضى فان اجاز الغايب او كبر الصبي فاجاز فهو
جايز والقاضي لو اجاز جاز ونظيره ما لو باع الصبي
فكبر الصبي واجاز ذلك وان مات الغايب والصغير

فاجاز

فاجاز ورثته لم يجز في القياس وهو قول محمد ووجه
الاستحسان ان الحاجة الى القسمة قايمة بعد موت
المورث كما كانت في حياته فلو نقضت تلك القسمة احتيج
الى اعادتها في الحال بتلك الصفة وانما يكون اعادتها برضى
الورثة فلا فائدة في نقضها مع وجود الاجازة منه للنفاذ
برضاه اه وقال في الذخيرة ثم انما تعمل الاجازة من الغايب
او من وارثه او من الوصي او من الصبي بعد البلوغ
اذا كان ما وقع عليه القسمة قايما وقت الاجازة كالبيع
الفضولي الموقوف انما تعمل فيه الاجازة اذا كان المبيع
قايما وقت الاجازة اه واما لو كانوا شركا فلو قسموا
في غيبة احدهم او حال صغره وجنونه بطلت القسمة
قنية المفتي وغيرها لان كل واحد اجنبي في حق
صاحبه ولا ينتصب احدهم خصما عن الباقين كما هو
[illegible] فلم يوجد قابل عن الصغير ونحوه وشرط عقد
الفضولي وجود القابل عن المالك اذ لا يتوقف شطر
العقد على غايب ولا قابل عن الصغير ونحوه مع عدم
من ينوب منابه الا في ميراث فيصح موقوفا بشرط ان
لا يكون المقسوم او بعضه في يد الصغير ونحوه اه
رحمتي وقال في السراج وهم ان يقتسموا بالقسم اذا
ترافعوا الا ان يكون فيهم صغير لا وصي له او غايب لا وكيل
عنه فحينئذ لا تجوز القسمة بينهم بالاصطلاح بل لا بد
من القاضي لانه لا ولاية لهم على الصغير ولا نظر لهم على
الغايب فان امر القاضي بقسمتها بينهم جاز على الصغير
والغايب لانه له ولاية على الصغير ونظر على الغايب وتفرقه
يصح على الميت ولهذا يقضي ديونه وينفذ وصاياه [illegible]

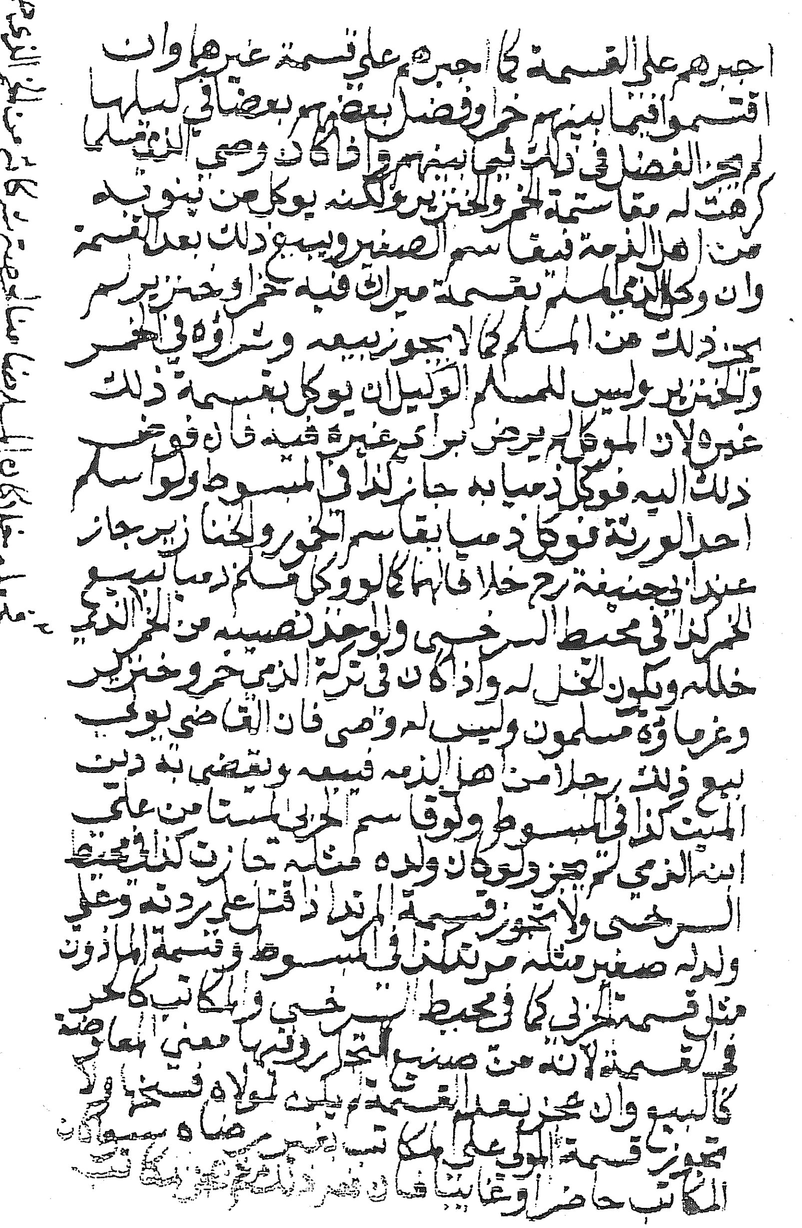
غيبة بعض الورثة وفي جواهر الفتاوى طفل وبالغ اقتسما
شيا ثم بلغ الصغير فتصرف في نصيب نفسه وباع البعض
يكون اجازة لتلك القسمة اهـ فروع في بيان
من يلي القسمة على الغير ومن لا يلي الاصل انه من يلي بيع
شي ملك قسمته كذا في المحيط وقسمة الاب على الصغير
والمعتوه جايزة في كل شي اذا لم يكن فيها غبن فاحش
ووصي الاب في ذلك قايم مقام الاب بعد موته وكذلك
الجد ابو الاب اذا لم يكن هناك وصي الاب وتجوز قسمة وصي
الام فيما ترك اذا لم يكن احد من هولا فيما سوى العقار
لانه قايم مقام الام وتصرفها فيما هو ملك ولدها
الصغير صحيح بالبيع فيما سوى العقار فكذلك في
القسمة ولا تجوز قسمة الام والاخ والعم والزوج على
امراته الصغيرة والكبيرة الغايب كما في الخانية ولا تجوز
قسمة الكافر والمملوك او المكاتب على ابنه الحر الصغير
المسلم ولا تجوز قسمة الملتقط على اللقيط وان كان
يعوله كما في المبسوط واذا جعل القاضي وصيا ليس
في كل شي فقاسم عليه في العقار والعروض جاز
ولو جعله وصيا في النفقة او في حفظ شي بعينه
لا يجوز وهذا بخلاف وصي الاب اذا جعله الاب وصيا
في شي خاص فانه يكون وصيا في الاشيا كلها كما في المحيط
ولا تجوز قسمة الوصي بين الصغيرين كما لا يجوز بيعه
مال احدهما من الاخر بخلاف الاب فانه اذا قاسم مال
اولاده الصغار بينهم يجوز كما لو باع مال بعض اولاده
الصغار من البعض والحيلة في ذلك للوصي ان
يبيع حصة احد الصغيرين مشاعا من رجل ثم يقاسم

مع المشتري حصة الصغير الذي بيع نصيبه ثم يشتري
حصة الصغير الذي باع نصيبه لذلك الصغير فيتمايز
نصيب كل واحد من الصغيرين وانما جازت هذه
القسمة لانها جرت بين اثنين بين المشتري وبين
الوصي وحيلة اخرى ان يبيع نصيبهما من رجل ثم
يشتري حصة كل واحد منهما مفرزا كما في الذخيرة وقسمة
الوصي مالا مشتركا بينه وبين الصغير لا يجوز الا اذا
كان فيه منفعة ظاهرة للصغير عند ابي حنيفة
وعند محمد لا يجوز ولو مع المنفعة الظاهرة ويجوز
للاب ان يقسم مالا مشتركا بينه وبين الصغير وان لم
تكن للصغير منفعة ظاهرة كما في المحيط وان كان في الورثة
صغار وكبار والكبار حضور تقاسم الوصي الكبار
وميز نصيب الصغار جملة ولم يميز نصيب كل صغير
جازت القسمة فان قسم الوصي حصة الصغار بعد
ذلك لا تجوز هذه القسمة ولا تجوز قسمة الوصي على
الكبار والغيب في العقار وتجوز قسمته في العروض يريد
به اذا كانت الورثة كلهم كبارا وبعضهم حضور وبعضهم
غيب وقاسم الحضور وافرز نصيبهم زاد البقال في
كتابه العروض من تركة الاب كما في الذخيرة ولو كان
في الورثة صغير وكبير غايب وكبار حضور فعزل
القاضي نصيب الكبير الغايب مع نصيب الصغار وقاسم
الكبار الحضور جاز في العقار وغيره عند ابي حنيفة
رحمه وعندهما لا يجوز على الكبير والعقار بناء على ان عنده
بيع الوصي على الكبار جايز في العقار في ثلاثة مواضع
اذا كان على الميت دين او وصية او فيهم صغير فكذلك



القسمة وعندهما لا يجوز كذا في محيط السرخسي اذا كانت
الورثة صغارا وكبارا فعزل القاضي نصيب كل واحد
من الصغار والكبار وقسم بين الكل لا يجوز اصلا
ولو قاسم الوصي الموصى له بالثلث والورثة صغار
فدفع الثلث اليه واخذ الثلثين للورثة ولو هلك عنده
فلا ضمان وان كانت الورثة كبارا غيبا فقاسم الوصي
الموصى له واخذ نصيب الورثة جاز كذا ذكر في الاصل
ولو كان الموصى له غائبا والورثة كبار حضور فقاسم
الوصي الورثة واخذ نصيب الموصى له فالقسمة باطلة
في قول ابي حنيفة خلافا لابي يوسف كذا في الذخيرة
رجل مات واوصى الى رجل وفي التركة دين مستغرق
وطلب الورثة من الوصي ان يعزل عن التركة قدر
الدين ويقسم الباقي بينهم كان له ان يقسم ذلك
بينهم ويبيع ذلك القدر لغرمائه كذا في الظهيرية
واذا قسم الوصيان المال فاخذ احدهما نصيب بعض
الورثة واخذ الاخر نصيب بعض الورثة واذا غاب
احدهما فقاسم الاخر الورثة لا يجوز عندهما خلافا لابي يوسف
ولا يجوز القسمة على المبرسم والمغمى عليه والذي يجن
ويفيق الا برضاه او وكالته في حال صحته وافاقته
كذا في الذخيرة وصي ذمي والورثة مسلمون يخرج
عن الوصية ويجوز قسمته ان فعلها قبل الاخراج وكذلك
العبد لغير الميت ما لم يخرج كذا في محيط السرخسي واهل
الذمة في القسمة بمنزلة اهل الاسلام الا في الخمر والخنزير
يكون بينهم واراد بعضهم قسمته وابى بعضهم فاني

اجبرهم

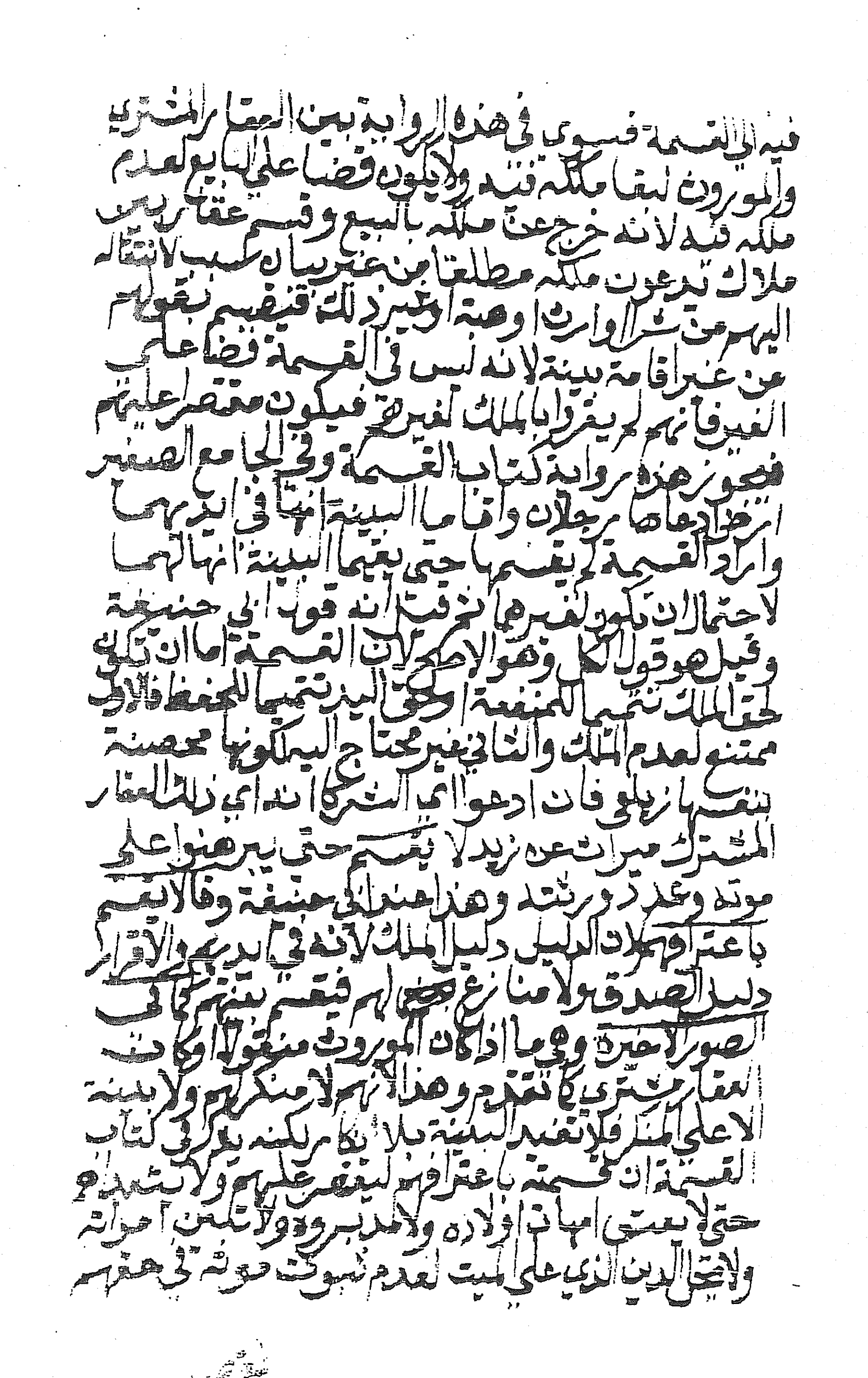


اجبرهم على القسمة كما اجبرهم على قسمة غيرها وان
اقتسموا فيما بينهم خمرا وفضل بعضهم بعضا في كيلها
لم يجز الفضل في ذلك فيما بينهم واذا كان وصي الذمي مسلما
كرهت له مقاسمة الخمر والخنزير ولكنه يوكل من يثق به
من اهل الذمة فيقاسم الصغير ويبيع ذلك بعد القسمة
وان وكل الذمي المسلم بقسمة ميراث فيه خمر وخنزير لم
يجز ذلك من المسلم كما لا يجوز بيعه وشراؤه في الخمر
والخنزير وليس للمسلم الوكيل ان يوكل بقسمة ذلك
غيره لان الموكل لم يرض براي غيره فيه فان فوض
ذلك اليه فوكل ذميا به جاز كذا في المبسوط ولو اسلم
احد الورثة فوكل ذميا يقاسم الخمور والخنازير جاز
عند ابي حنيفة رح خلافا لهما كما لو وكل مسلم ذميا ببيع
الخمر كذا في محيط السرخسي ولو اخذ نصيبه من الخمر الذي
خلله ويكون الخل له واذا كان في تركة الذمي خمر وخنزير
وغرماؤه مسلمون وليس له وصي فان القاضي يولي
بيع ذلك رجلا من اهل الذمة فيبيعه ويقضي به دين
الميت كذا في المبسوط ولو قاسم الحربي المستامن على
ابنه الذمي لم يجز ولو كان ولده معه جازت كذا في محيط
السرخسي ولا يجوز قسمة المرتد اذا قتل على ردته وعلى
ولده صغير مثله مرتد كذا في المبسوط وقسمة الماذون
مثل قسمة الحر كذا في محيط السرخسي والمكاتب كالحر
في القسمة لانه من صنيع التجار ولان فيها معنى المعاوضة
كالبيع وان عجز بعد القسمة لم يكن لمولاه فسخها ولا
تجوز قسمة المولى على المكاتب الا برضاه سواء كان
المكاتب حاضرا او غائبا

فجعله خلافا كان المسلم رضا منا لحصة شركائه من الخمر الذي جعله

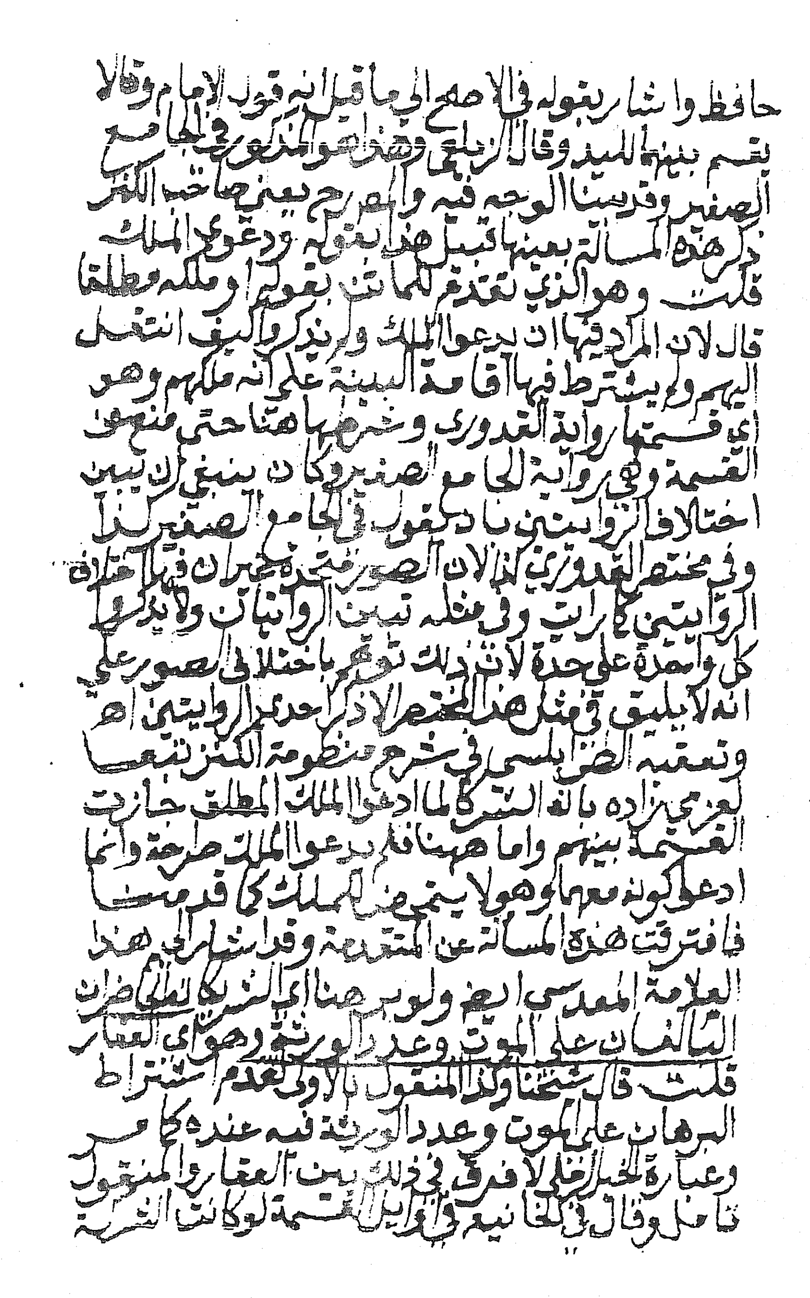
وصار ذلك لمولاه لم تجز القسمة كما لا ينفذ سائر تصرفاته
بعجز المكاتب وان وكل المكاتب بالقسمة وكيلا ثم عجز او مات
لم يجز وكيله ان يقاسم بعد ذلك فان عتق فهو على وكالته
وان اوصى المكاتب عند موته الى وصي فقاسم الوصي ورثة
المكاتب الكبار لولده الصغير وقد ترك وفاء فان قسمته
في هذا جائزة على ما تجوز عليه قسمته وهو الحر لانه
تؤدى كتابته ويحكم بحريته في حال كتابته فكانه ادى
الكتابة بنفسه ثم مات فيكون وصيه في التصرف على
ولده الصغير كوصي الحر وقال في الزيادات وصيه بمنزلة
وصي الحر في حق الابن الكبير الغائب حتى يكون يجوز
قسمته فيما سوى العقار وما ذكر هنا اصح فان لم
يترك وفاء فقاسم الوصي الولد الكبير للولد الصغير وقد
سعوا في المكاتبة لم تجز فان ادوا الكتابة قبل ان يردوا
القسمة اجزت القسمة كذا في المبسوط وقسم على بنا
المنقول نقلي حتى تزيد عن العقار لما سياتي فيه من
الحكم المستقل يدعون ارثه بينهم او يدعون ملكه
اي ملك المنقول مطلقا من غير بيان سبب او يدعون
شراءه صدر الشريعة قال السيد احد الامرين ان يقول
او [illegible] والوجه في هذه المسائل
ان [illegible] الملك لانه في ايديهم والاقرار دليل الصدق
ولا منازع لهم في الملك المطلق [illegible] والقسمة قضاء
على الشريك [illegible] بالملك لغيرهم فيكون منتصرا عليهم
فيجوز ام فلا فرق بين ما نقلناه عن صدر الشريعة
في التعلق بين شراء يدعونه وارث وملك مطلق
وانما قيد الثاني بالميراث لان العقار الموروث يحتاج

الى البرهان كما سياتي قلت ومن النقلي ايضا قال الشيخ
الرحمتي اما العلو فانه من قبيل العقار على ما تقدم
في الشفعة والاشجار لانها من قسم المنقولات كما
صرح به في دعوى البحر فتجري فيه قسمة الجبر حيث لم
تتبدل المنفعة بالقسمة وهذا شرط الجبر على القسمة
عند طلب البعض وان تبدلت فلا جبر فانه [illegible]
مثله بالبير والحائط والحمام ونحوها ويأتي من اشتراط
بقا المنفعة المعتادة حتى لو بقيت منفعة بعد القسمة
دون المنفعة التي كانت قبلها فلا جبر حتى وقال في
المبسوط لو كان بناء بين رجلين في ارض رجل قد
بنياه باذنه ثم ارادا قسمة البناء وصاحب الارض غايب
فلهما ذلك بالتراضي وان امتنع احدهما لم يجبر عليه وان
ارادوا هدم البناء في هذه القسمة اتلاف الملك فالقاضي
لا يفعل ذلك ولكن اذا اراد فعله لم يمنعهما من ذلك
وان اخرجهما صاحب الارض هدماه ثم النقض ان احتمل
القسمة بينهما يفصله القاضي عند طلب بعض الشركا
اه قال السيد حمد بعد نقله لما في المبسوط وقد
اخل الشارح بهذا الاختصار وقسم عقار يدعون
شراءه بين الشركا باقرارهم يعني لو حضر الشركا عند
القاضي وفي ايديهم عقار وادعوا انهم اشتروه
يقسم بينهم باقرارهم بلا قاضي بينة لان المبيع زال
عن ملك البائع قبل القسمة فلا يمكن [illegible] فلم تكن
القسمة قضاء على الغير على ما يروى عن ابي حنيفة
في غير رواية الاصول ان العقار المشترى فيما لا يقسم
لانه محض بنفسه فلا يخشى عليه التلف فلا حاجة



فيه الى القسمة فسوى في هذه الرواية بين العقار المشتري
والموروث لنفاذ ملكه فيه ولا يكون قضاء على البايع لعدم
ملكه فيه لانه خرج عن ملكه بالبيع وفي قسم عقار بين
ملاك يدعون ملكه مطلقا من غير بيان سبب الانتقال
اليهم من شراء او ارث او هبة او غير ذلك فيقسم بقولهم
من غير اقامة بينة لانه ليس في القسمة قضاء على
الغير فانهم لم يقروا بالملك لغيرهم فيكون مقتصرا عليهم
فصور هذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير
ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما
وارادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما
لاحتمال ان يكون لغيرهما ثم قيل انه قول ابي حنيفة
وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان القسمة اما ان يكون
لحق الملك تتميما للمنفعة او لحق اليد تتميما للحفظ والاول
ممتنع لعدم الملك والثاني غير محتاج اليه لكونها محصنة
بنفسها بلى فان ادعوا ان الشركة انه ابي ذلك العقار
المشترك ميراث عن زيد لا يقسم حتى يبرهنوا على
موته وعدد ورثته وهذا عند ابي حنيفة وقالا يقسم
باعترافهم لان الدليل دليل الملك لانه في ايديهم والاقرار
دليل الصدق ولا منازع لهم فيقسم بينهم كما في
الصور الاخرى وهي ما اذا كان الموروث منقولا او كان
العقار مشترى كما تقدم وهذا لانه لا منكر لهم ولا بينة
الا على المنكر فلا تفيد البينة بلا انكار لكنه يذكر في كتاب
القسمة انه يقسمه باعترافهم ليقتصر عليهم ولا تشهد
حتى لا يعتق امهات اولاده ولا مدبروه ولا تبين امراته
ولا يحل الدين الذي على الميت لعدم ثبوت موته في حقهم

لقصور حجية اقرارهم بخلاف ما اذا كانت بينة ولابي حنيفة
رح ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه
قبل القسمة حتى لو حدثت زيادة منها قبل القسمة تنفذ
وصاياه فيها بخلاف ما بعد القسمة واذا كان قضاء على
الميت فالاقرار منهم ليس بحجة عليه فلا بد من البينة
وفيما ذكرنا ذلك يجعل احدهم خصما عن الميت وغيره خصم
انفسهم لان الوارث نايب عنه واقرار الخصم لا يمنع من
قبول البينة اذا كان فيه فايدة الا ترى انه لو ادعى
انسان دينا على ميت فاقر الوارث بدينه فاقام المدعي بينة
تقبل بينته لانها تثبت الدين على الميت حتى يتقدم
على الورثة كلهم ويزاحم الغرماء ولا كذلك اذا كان ثبوته
باقرار الوارث فانه لا يثبت الا في حقه خاصة وكذا لو
كان مكان الوارث وصي والمسالة بحالها بخلاف المنقول
لما قدمنا ان المنقول يخشى التلف عليه ففي قسمته حفظا له
وحفظا له يصير القابض فتعينت القسمة اذ القاضي
يصير ناظرا ولا يخشى التلف على العقار وهو غير مضمون
بالقبض فلا حاجة الى القسمة بغير ثبوت ولا يقسم
العقار ان برهنا اي الشريكان ان العقار معهما اي
في ايديهما وطلبا من القاضي ان يقسم بينهما فلا يقسمه
بينهما حتى يبرهنا انه لهما اي انه ملكهما اتفاقا في الاصح
لانه يحتمل انه اي ذلك العقار الذي طلبا قسمته بعد
ما قالا انه معهما اي يكون معهما باجارة او عارية فلا اعتبار
للملك فتكون القسمة لو وقعت من القاضي بعد قولهما
انه معهما قسمة حفظ بغير تقويم كل واحد ضمنا حفظ
ما وقوله والحال ان العقار محفوظ بنفسه لا يحتاج الى


حافظ واشار بقوله في الاصح الى ما قيل انه قول الامام وقالا
يقسم بينهم السيد وقال الزيلعي وهذا هو المذكور في الجامع
الصغير وقد بينا الوجه فيه والصريح بعين صاحب الكنز
ذكر هذه المسألة بعينها تبيين هذا بقوله ودعوى الملك
قلت وهو الذي تقدم للماتن بقوله او ملكه مطلقا
قال لان المراد بها ان يدعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل
اليهم ولم يشترط فيها اقامة البينة على انه ملكهم وهو
اي قسمها رواية القدوري وغيرها هنا حتى منعوا
القسمة وفي رواية الجامع الصغير وكان ينبغي ان يبين
اختلاف الروايتين بان يقول في الجامع الصغير كذا
وفي مختصر القدوري كذا لان الصور متحدة وهنا اختلاف
الروايتين كما رايت وفي مثله تبين الروايات ولا يذكر
كل واحدة على حدة لان ذلك توهم باختلاف الصور على
انه لا يليق في مثل هذا المختصر الا ذكر احدى الروايتين اه
وتعقبه الطرابلسي في شرح منظومة الكنز تبعا
لعزمي زاده بانه الشركاء لما ادعوا الملك المطلق جازت
القسمة بينهم واما هاهنا فلم يدعوا الملك صراحة وانما
ادعوا كونه معهم وهو لا يستلزم الملك كما قدمنا
فافترقت هذه المسألة عن المتقدمة وقد اشار الى هذا
العلامة المقدسي ايضا ولو برهنا الشركاء في الارض
المالك على الموت وعدد الورثة وهو في العقار
قلت قال شيخنا والمنقول بالاولى لعدم اشتراط
البرهان على الموت وعدد الورثة فيه عنده كما مر
وعبارة الحلبي لا فرق في ذلك بين العقار والمنقول
تامل وقال في الخانية في اول القسمة لو كانت التركة

باشر

باشر وبعض الشركاء غايب لا يقسم عقارا كان او عروضا وقال
باب وضع المسألة في الارث لانه لو كان الملك بغير الارث لا يقسم
واحد كان ان الحاضر البالغ والشركة ذكره الزيلعي وصاحب
الخلاصة وقال المص في قول صاحب المنح قسم العقار
اقول والمنقول ايضا وانما خص العقار لانه الذي يشترط
فيه البرهان على ذلك اه ومعهما وفيهم صغير او غايب
قسم القاضي بينهم بطلب الحاضر ونصب قال نصب
اي نصب القاضي وكيلا عن الغايب او وصيا على الصغير
ليهما اي ليقبض كل واحد منهما نصيب من نصب لاجله
نظر الغايب والصغير وهنا مسألة لا بد من معرفتها
وهي ان القاضي انما ينصب ويسمع عن الصغير اذا كان
الصغير حاضرا واما اذا كان غايبا فلا ينصب عنه وصيا
بخلاف الكبير الغايب على قول ابي يوسف فانه ينصب
عنه وصيه وتسمع البينة عليه وتقسيم الدار كذا في
المفتاح ثم الفرق بين الصبي الحاضر في حق نصيب
الوصي وهو ان الصغير اذا كان حاضرا ينصب الوصي
لاجل الجواب ضرورة لان الدعوى قد صحت على الصبي
لكونه حاضرا الا انه عجز عن الجواب ينصب عنه
وصيا يصيب خصمه واما اذا كان غايبا لا تصح الدعوى
عليه فلم يتوجه الجواب عليه فلا تقع ضرورة لنصب
الوصي كذا في النهاية قال في البزازية وهذا يدل على
انه من ادعى على صغير حضرة وصيه عند غيبة الصغير
انه لا يصح وقد مر خلافه في الدعوى اه ومثله في المنية
قلت وفي اول دعوى البحر والصحيح انه لا يشترط حضرة
الاطفال ... عند الدعوى اه ... كما في النهاية

ومن وافقهما انه منقوض بالغايب البالغ كما في الشرنبلالية
عن المقدسي لكن ذكر ابو السعود انه اجيب عنه بان
اشتراط حضوره للنصب خاص بما اذا كان الوارث الحاضر
واحدا لانه لتصحيح الدعوى اما اذا كان اثنين فلا نصب
للقبض اذ صحة الدعوى والقسمة موجودة قبله بحضور
احدهما خصما ولا بد من اقامة البينة على اصل الميراث
اي انه ميراث لهما عن والدهما مثلا عنده اي الامام ابي حنيفة
اي كما في المسألة السابقة بل هذه اولى بذلك لان في
هذه القسمة قضاء على الغايب والصغير خلافا لهما فان
عندهما يقسم بينهم باقرارهم ويعزل حق الغايب
والصغير ويشهد انه قسمها باقرار الكبار الحضور وان
الغايب او الصغير على حجته كما مر فيبطل قوله اي ان
ولان برهنا ان العقار معهما فان برهن وارث اي ان
حضر واحد منهم واقام البينة على اصل الميراث وعلى
موت مورثه وعدد الورثة والعقار معه لا يقسم
القاضي له لانه لا يصلح ان يكون مخاصما ومخاصما
وكذا لا يصلح مقاسما ومقاسما اذ لا بد من حضور اثنين
لانه ان كان خصما عن نفسه فليس ثمة من يخاصم
عن الميت والغايب وان كان خصما عنهما فلم يكن
ثمة من يخاصمه عن نفسه يقيم البينة عليه فيتعذر
الحكم بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين وعن ابي يوسف ان
القاضي ينصب عن الغايب خصما ويسمع البينة
عليه ويقسم الدار ووجه الظاهر ان التركة قبل القسمة
وان كانت مبقاة على حكم ملك الميت صارت ملكا
للورثة من وجه حتى لو اعتق واحد منهم عبدا

من التركة

من التركة قبل القسمة نفذ عتقه في نصيبه فكان
كل واحد منهم طالبا للارتفاق في نصيبه فتكون القسمة
على هذا التقدير قضاء على الغايب من غير خصم حاضر
عنه ولان جاز للقاضي نصب الوصي من حيث انه
دعوى على الميت لا يجوز له نصب الوصي بالتملك
بخلاف ما اذا ادعى اجنبي على الميت دينا حيث يجوز
له نصب الوصي عن الميت دينا حيث يجوز له نصب
الوصي عن الميت لانه دعوى من كل وجه ولكن القاضي
ان ينصب الاوصياء على الموتى لانه وصي عن الاحيا
واذا تعذر نصب القاضي والواحد لا يصلح خصما عن
الميت وعن سائر الشركاء وان يكون مدعيا ومدعى عليه
تعذر قبول البينة لانها لا تقبل من غير خصم حاضر
ولو كان احدهما اي احد الحاضرين صغيرا والاخر
كبيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا
اقيمت البينة لان الدعوى على الصغير الحاضر صحيحة كالكبير
الحاضر الا انه عجز عن الجواب فينصب القاضي عنه
وصيا ليجيب عنه على خصمه بخلاف ما اذا كان الصغير
غايبا لان الدعوى عليه غير صحيحة كالكبير الغايب
واذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث في الدار وطلب
القسمة وبرهنا على الميراث والوصية يقسم لان الموصى
له شريك في الدار فصار كواحد من الورثة فانتصب
هو خصما عن نفسه والوارث عن الميت وعن بقية
الورثة فصار كما لو حضر وارثان ولو حضر الموصى وحده
لا تسمع بينة ولا يقسم لعدم الخصم عن الميت ذكره في الذخيرة
او كانوا اي الشركاء مشترين اي شركاء بغير الارث ليشمل

ما اذا اشتركوا في عقار حصل لهم بدل اجرة وغاب احدهم
لم يقسم لان في الشرا لا يصلح الحاضر خصما عن الغايب
وذلك لان الملك الثابت بالشرا ملك جديد بسبب باشره
في نصيبه ولذا لم يرد بعيب على بايع بايعه فلا يصلح الحاضر
خصما عن الغايب بخلاف الارث لان الارث ينتصب
احد الورثة خصما عن الباقين فيه قال الزيلعي بخلاف الارث
لان الملك الثابت به ملك خلافة حتى يرد بالعيب فيما
اشتراه المورث ويصير مغرورا بشرا المورث حتى لو [illegible]
وطئ امة اشتراها مورثه فولدت فاستحقت رجع الوارث
على البايع بثمنها وقيمة الولد للغرور من جهته فانتصب
احدهما خصما عن الميت فيما في يده والاخر عن نفسه
فصارت القسمة قضا بحضرة المتخاصمين وصح القضا
لقيام البينة على خصم حاضر واما الملك الثابت بالشرا
فملك جديد بسبب باشره في نصيبه ولهذا لا يرد بالعيب
على بايع بايعه فلا ينتصب الحاضر خصما عن الغايب
فتكون البينة في حق الغايب قايمة بلا خصم فلا تقبل
اه ثم قال ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة
وعدمها في الصحيح وافاد في الولوالجية وغيرها ان الشركة
اذا كان اصلها الميراث تجري فيها الشرا بان باع واحد منهم
نصيبه او كان اصلها الشرا تجري فيها الميراث بان مات
واحد منهم ففي الوجه الاول تقسم القاضي اذا حضر البعض
لا في الثاني لانه في الاول قام المشتري مقام البايع في الشركة
الاولى وكان اصلها الشرا فنظر في هذا الباب الى الاول اه
او كان في صورة الارث العقار المشترك كله او بعضه قال
الحلبي وهذا مكرر مع قول الماتن او شي منه مع ان [illegible]

الطفل وكان مع الوارث الغايب وفي الهندية عن الخانية
ولو كان شي من التركة في يد الصغير فالجواب فيه
كالجواب فيما اذا كان شي من التركة في يد الغايب اه وكذا لو كان
في يد المودع الغايب لان المودع امين المودع فلا يكون خصما
عنه فيما عليه فلا يجوز للقاضي ان يقضي على الغايب بحضور
امينه او كان شي منه لا يقسم للزوم القضا على الطفل
والغايب بلا خصم حاضر منهما قال الزيلعي واما اذا كان
العقار في يد الوارث الغايب فلان في القسمة قضا على
الغايب باخراج شي من يده من غير خصم حاضر عنه وكذا
اذا كان بعضه في يده والباقي في يد الاخر وكذا اذا كان في يد
مودعه او في يد الصغير او شي منه لا يكون قضا على الغايب
او على الصغير من غير خصم حاضر عنه لان الامين والصغير
ليس بخصم ولا فرق في هذا الحكم الفصل بين اقامة البينة
وعدمها في الصحيح وفي بعض روايات [illegible] المبسوط
وغيره يقسم اذا اقام الحاضرون البينة على الموت وعدد
الورثة لانها قامت لاثبات ولاية القاضي في تركة الميت
فيقبل ولان الورثة ينتصبون خصما عن الميت وينتصب
بعضهم خصما عن بعض وقال ما لم يكون الورثة كلهم حضورا
فلو لم يقبل القاضي البينة لتضرروا وهو مدفوع بجوابه
ما بيناه اه ولو ان ضيعة بين خمسة من الورثة واحد
منهم صغير واثنان منهم غايبان واثنان حاضران
فاشترى رجل نصيب احد الحاضرين وطلب شريك الحاضر
بالقسمة عند القاضي واخبراه بالقسمة فالقاضي
يامر شريكه بالقسمة ويجعل وكيلا عن الغايبين والصغير
لان المشتري قايم مقام البايع وقد كان للبايع ان يطلب

شريكه كذا في الظهيرية وكتب ابن سماعة الى محمد في قوم
ورثوا دارا وباع بعضهم نصيبه من اجنبي وغاب الاجنبي
المشتري وطلبت الورثة القسمة واقاموا البينة على
الميراث قال محمد رح اذا حضر الوارثان قسمها القاضي حضر
المشتري او لم يحضر لان المشتري بمنزلة الوارث الذي باعه وفي الاصل
اذا كانت القرية وارضها بين رجلين بالشراكات احدهما
وترك نصيبه ميراثا فاقام ورثته البينة على الميراث وعلى
الاصل وشريك ابيهم غائب لم يقسم القاضي حتى يحضر
شريك ابيهم ولو حضر شريك الاب وغاب بعض ورثة الميت
قسمها بينهم لان حضور بعض الورثة كحضور الميت لو كان
حيا والحضور باقي الورثة وان كان اصل الشركة بالميراث بان
كانا ورثاها عن ابيهما فقبل ان يقتسما مات احدهما وترك
نصيبه ميراثا لورثته فحضر ورثة الميت وعمهم غائب واقاموا
البينة على ميراثهم عن ابيهم وعلى ميراث ابيهم عن جدهم
قسمها القاضي بينهم ويعزل نصيب عمهم وكذلك لو حضر
عمهم وغاب بعضهم قسمها القاضي بينهم كذا في المحيط وفي
النوازل سئل ابو بكر عن قرية مشاع بين اهلها ربعها وقف
وربعها جور ونصفها ملك لصاحبها يريدون ان يتخذوا منها
مقبرة ويريدون قسمة بعض ليضعوا اهل الملك ليجعلوها
مقبرة قال ان قسمت القرية على مقدار نصيب كل فريق
منهم جازت القسمة واذا ارادوا ان يقسموا موضعا في هذه
القرية لا يجوز القسمة كذا في التتارخانية وفي المنتقى عن
ابي يوسف رح اذا اشترى رجل من احد الورثة بنقص
نصيبه ثم حضر ابن البايع والمشتري وطلبا القسمة
فالقاضي لا يقسم بينهم حتى يحضر وارث اخر غير البايع ولو

اشترى

اشترى منه نصيبه ثم ورث البايع شيئا بعد ذلك او اشترى
لم يكن خصما للمشتري في نصيبه الاول في الدار حتى يحضر
وارث اخر وغاب وارث البايع فاقام المشتري بينة على
شرائه وقبضه وعلى الدار وعدد الورثة فان كان المشتري
قبض الدار منهم ثم طلب القسمة هو ووارث اخر غير البايع
واقام البينة على ما ذكرنا فالقاضي يقسم الدار وكذلك اذا طلب
الورثة دون المشتري فالقاضي يقسم الدار بينهم ويعطيهم
ويجعل نصيب الغايب في يد المشتري ولا يقضي بالشراء وان
لم يكن المشتري قبض الدار عزل نصيب الوارث الغايب
ولا يدفع الى المشتري وان لم يكن المشتري وهو الذي طلب القسمة
وابى الورثة لم اقسم لاني لا اعلم انه ملك ولا اقبل بينته على
المشتري والبايع غايب وعن ابي يوسف رح دار بين رجلين
باع احدهما نصيبه وهو مشاع من رجل ثم ان المشتري
امر البايع ان يقاسم صاحبه الدار ويقبض نصيبه فقاسم
لم تجز القسمة كذا في المحيط وفي اليتيمة سئل علي بن احمد
عمن مات وترك اولادا صغارا وابنين كبيرين ودارا [illegible]
يوم الجد [illegible] فنصب القاضي احد الابنين وصيا ثم ان [illegible]
دعا رجلين من اقربائه فقسمت التركة بحضورهم وجعل
الكتب لنفسه ولاخيه الثاني البالغ [illegible] وجعل الدار للصغيرين
مشاعا بينهما وذلك بعد التقويم وتعديل اهل البصر
القسمة فقال ان كان لما قسم شاهدا ورعاه يجوز ان شا الله
تعالى وسالت ابا حامد عن الاب هل يقسم لاولاده الصغار
فقال نعم وسال علي بن احمد عمن اشترى ارضا مشتركة
بين جماعة اشترى نصيبه بحضور بعضهم وبعضهم غيب كيف
يقسم هذه الارض مع غيبة الشريك وهل الى [illegible] زراعتها

سبيل فقال لا تجوز قسمتها لاجل غيبة الشركا وحال غيبة
بعض الشركا الا ان تكون الارض موروثة فينصب القاضي قيما
عن الغايب فيقسم حينئذ واما زراعتها فان راى القاضي
ان ياذن الشريك في زراعة كل الارض لكيلا يضيع الخراج فله
ذلك كذا في التترخانية وقسم المال المشترك يستثنى منه الحبوب
اذا ارادوا اتلافه بالقسمة قال في العناية يعني يقسم جبرا
ومراده اذا كان من جنس واحد لان فيه معنى الافراز لتقارب
المقاصد بطلب احدهما اي الشريكين ولو قال احدهم لكان
اولى ليشمل ما لو امتنع الاكثر منهم ان ينتفع كل واحد من الشركا
كالنفع المعتاد الذي كان له قبل القسمة رجحت جهته بعد
القسمة وانما يجبر على القسمة في هذه الحالة لان فيها تكميل
المنفعة اذ كان لكل واحد ينتفع بعد القسمة بنصيبه فكانت
القسمة حقا لهم فوجب على القاضي اجابتهم وقسم الشيء
المشترك ما عدا الحبوب اذا ارادوا الاتلاف بطلب ذي
الكثير اي وان ابى صاحب القليل ان لم ينتفع الاخر وهو ذو
القليل النفع المعتاد كما لو كان له نصيب في دار ولو قسم حظه
لا يصلح ان يكون دارا وان صلح ان يكون مخزنا ودكانا رحبة
لقلة حصته كذا ذكر الخصاف ووجهه ان صاحب الكثير
طلب من القاضي ان يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره
عن الانتفاع بملكه وهذا منه طلب الحق والانصاف فوات
له ان يمنع غيره من الانتفاع بملكه فوجب على القاضي ان
يجيبه اليه لانه نصب لايصال الحقوق الى اهلها ودفع المظالم
ولا يعتبر تضرر الاخر لانه يريد ان ينتفع بملك غيره فلا يمكن
من ذلك وان تعنته بالمتضرر ولو طلب صاحب القليل
القسمة ولم يطلب ذو الكثير فلا يجيبه الحاكم لانه اشتغال

بما لا يفيد

بما لا يفيد وذكر الخصاف ان طلب صاحب القليل القسمة
فقد رضي بضرر نفسه وان طلبها صاحب الكثير فقد طلب
ان ينتفع بنصيبه فيجيب كل واحد منهما وهذا هو الذي اشار
اليه بقوله وفي الخانية يقسم المشترك بطلب كل من ذي القليل
وذي الكثير وعليه الفتوى وذكره الحاكم في مختصره وهو اختيار
الامام المعروف بخواهر زاده لكن المتون مشت على الاول فعليها المعول
قال الزيلعي والاصح ما ذكره الخصاف لان القاضي يجب عليه ايصال
الحق الى مستحقه وفي طلب صاحب الكثير ذلك ولا يلزمه ان
يجيبهم الى اضرار انفسهم وفي طلب صاحب القليل ذلك
وكذا قال في الكافي وفي الذخيرة وعليه الفتوى قال الاتقاني
ولنا في النقل عن الجصاص نظر لانه ذكر ما ذكره الخصاف
بعينه في شرحه لادب القضا وفي شرحه لمختصر الطحاوي
قدره ولم يذكر ما ذكره غيره اه ونقل الطرابلسي في شرح
منظومة الكنز انه اذا طلب ذو الكثير فابى ذو القليل
قسمت الدار اتفاقا وان كان على العكس اختلف المشايخ
فيه قال بعضهم يقسم وعليه الفتوى لان الطالب رضي
بالقسمة وهذه القسمة لا تفوت على الابي منفعة كانت له
من نصيبه قبل القسمة لان القسمة حال المهاياة وانما
ينتفع صاحب الكثير بنصيبه فتكون هذه القسمة في حق
الابي لا اتلافا والقسمة متحققة بطلب احدهما اه قال
فتلخص من ذلك ان في طلب صاحب القليل اختلاف
الترجيح فيصح كل للعمل لا اعتراض على من تامل واذا قلنا انه
لا يجاب صاحب القليل للقسمة تجب حينئذ المهاياة كما
صرح به في الجوهرة وقال ابن ابي ليلى لا يقسم بطلب البعض
الا اذا كان كل واحد من الشركا ينتفع بنصيبه لان المقصود

بالقسمة تكميل المنفعة وتحصيلها لا تفويتها والمعتبر فيها
المعادلة بينهم في المنفعة فاذا ادت القسمة الى الاضرار بالبعض
لم تكن مشروعة لانها تقع على ضرر بهما كما اذا كان كلهم لا
ينتفعون وكما اذا طلب صاحب القليل قلنا ان طالب
القسمة يطلب حقه وان ينتفع بملكه ويمنع غيره عن
الانتفاع بملكه فيجب على القاضي ايصال حقه على ما بيناه
والضرر الذي يلحقه من الانتفاع بملك الغير لا يعد ضررا
فلا يبالى به ولا يمنع الحاكم بالعدل كما في ساير المواضع
لان المحكوم عليه ضرر له من الضرر ولو كان ذلك مانعا
من الحكم بالعدل لما وصل احد الى حقه زيلعي وقال العلامه
الطوري في تكملة البحر ولم يتعرض المؤلف لما اذا كان كل واحد
منهم لا ينتفع قال في المبسوط بيت بين رجلين اراد احدهما
القسمة وامتنع الاخر وهو صغير لا ينتفع به واحد منهما
لا يجيبهم القاضي الى ذلك والاصح انه لا يقسم الا اذا طلب
صاحب الكثير خاصة ومنهم من صحح ما ذكره الحاكم انه يقسم
بطلب كل والاول اصح اه مختصر وان تضرر الكل
لا يقسم المشترك الا برضاهم وذلك كما لو طلبوا قسمة
البير والرحى والحايط والحمام لئلا يعود على موضوعه بالنقض
يعني ان القسمة انما وضعت لاجل ان ينتفع صاحب الملك
بملكه على وجه الخصوص وفي قسمة مثل البير تفويت
للمنفعة بالكلية على ان الطالب للقسمة متعنت يريد
ادخال الضرر على غيره فلا يجيبه الحاكم الى ذلك الا انهم
اذا تراضوا جميعا قسموه بينهم لان الحق لهم وهم اعرف
بحاجتهم ولكن القاضي لا يباشر ذلك وان طلبوا منه
لان القاضي لا يشتغل بما لا فائدة فيه ولا سيما اذا كان

فيه

فيه اضرار واضاعة مال لان ذلك حرام ولا يمنعهم من ذلك
لان القاضي لا يمنع من اقدم على اتلاف ماله في الحكم وهذا
من جملته زيلعي قال الطوري لكن ظاهر المتن ان القاضي
يقسم عند رضاهم وفي الينابيع والذخيرة ذكر شيخ الاسلام
ان القاضي لا يقسم وبعضهم قال يقسم فظهر
ان في المسألة روايتين وفي المبسوط ولا يقسم الحمام والحايط
وما اشبه ذلك بين الشركاء بان يرضوا بذلك جميعا لقسمة
لوجود التراضي منهم بالتزام الضرر من اصحابنا من يقول
هذا في الحمام فكل واحد منهما ينتفع بنصيبه بجهة اخرى
بان يجعله بيتا وربما كان ذلك مقصود كل واحد منهم
فاما في الحايط ان رضوا بالقسمة لينتفع كل واحد منهم بنصيبه
من غير هدم فكذلك الجواب وان رضوا بالهدم وقسم
الاس بينهم لم يباشر القاضي ذلك ولكن اذا فعلوا ذلك
فيما بينهم لم يمنعهم من ذلك وفي المجتبى حانوت في السوق
بينهما اي لشريكين يعملان فيه بايديهما ويبيعان فيه
طلب احدهما القسمة واي الاخر وصاحب الارض غايب
فان القاضي ينظر في ذلك ان كان لو قسم امكن لكل واحد
منهما ان يعمل فيه اي في نصيبه بعد القسمة ما يعمل العمل
الذي كان يعمل فيه قبلها اي القسمة قسم والا بان لم يمكن
العمل لذلك لا يقسم ونحوه في المحيط ولو كان بناء بين رجلين
في ارض رجل قد بنيا باذنه ثم ارادا قسمة البناء وصاحب
الارض غايب فلهما ذلك بالتراضي وان امتنع احدهما لم يجبر
عليه وان كان ارادا هدمه لما في هذه القسمة اتلاف الملك وقد
بينا ان القاضي لا يفعل ذلك ولكن اذا ارادا فعله لم يمنعهما
عن ذلك وان اخرجهما صاحب الارض هدما ثم اقتسما النقض

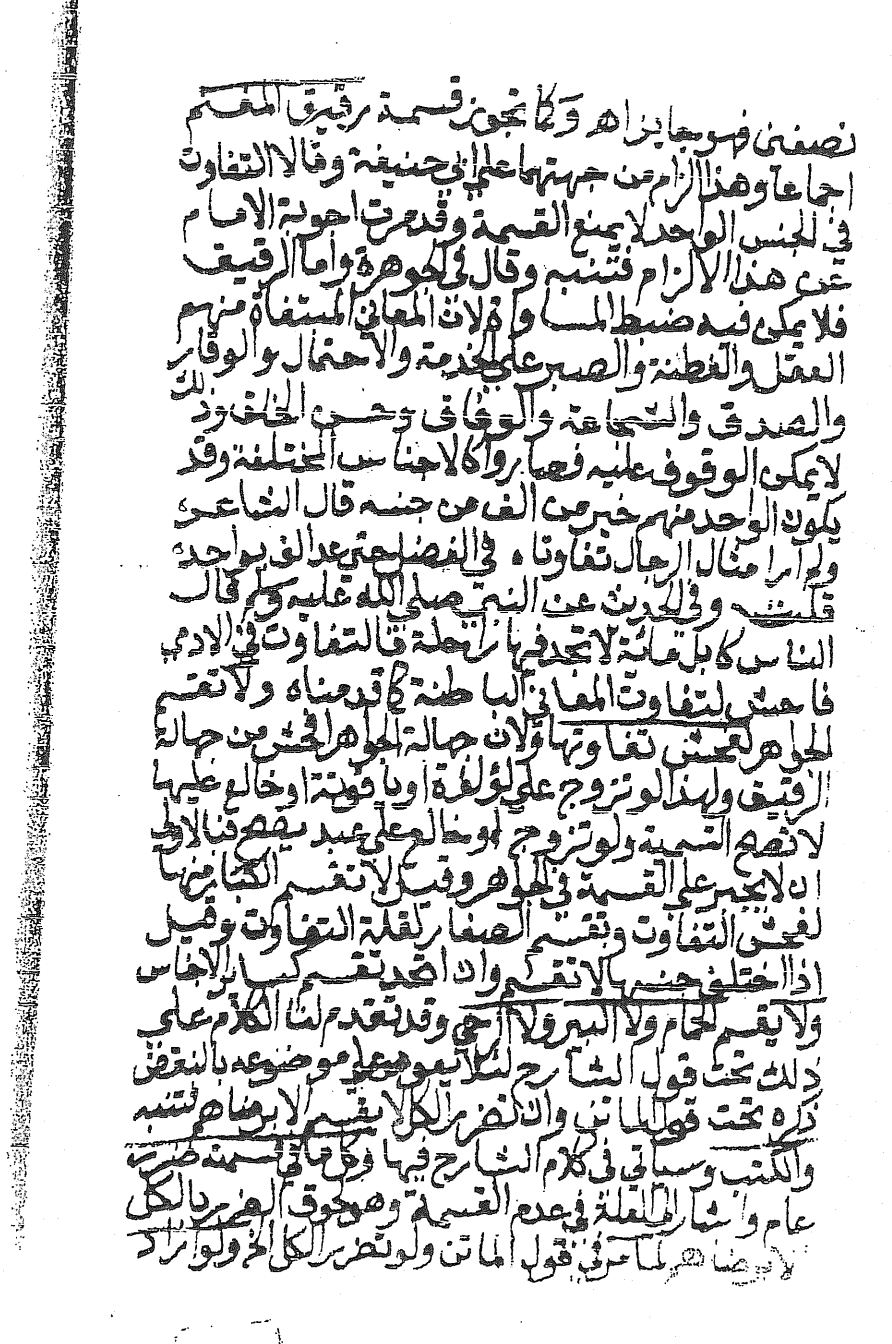
القسمة بينهما فيفعله القاضي عند طلب بعض الشركاء كذا في
المبسوط بيت بين رجلين انهدم طلب احدهما قسمة
الارض قال ابو يوسف رح يقسم بينهما وقال محمد لا يقسم
فان اراد احدهما ان يبني كما كان وابى الاخر ذكر في نوادر ابن
سماعة انه لا يجبر على البناء الا ان يكون لهما عليه جذوع فيجبر
على البناء فان ابى يقال لشريكه ابن انت وامنع الاخر
من وضع الجذوع حتى يعطيك نصف ما انفقت كذا في
الحاوي وقال ابو حنيفة رح اذا كان الطريق بين قوم ان
اقتسموه لم يكن لبعضهم طريق ولا منفذ فاراد بعضهم
قسمته وابى الاخر فاني لا اقسمه بينهم فان كان لكل واحد
طريق ومنفذ فاني اقسمه بينهم وبعض مشايخنا
قالوا المسألة محمولة على ان الطريق بينهم على السواء وكان
بحيث لو قسم بينهم لا يبقى لاحد منهم طريق ومنفعة
فاما اذا كان الطريق بينهم على التفاضل بحيث لو قسم
لا يبقى لصاحب القليل طريق ولا منفذ ويبقى لصاحب
الكثير طريق ومنفذ فالقاضي يقسم اذا طلب صاحب
الكثير كما في مسألة البيت اذا طلب صاحب الكثير القسمة
ومنهم من قال الطريق لا يقسم في الحالين بخلاف البيت
كذا في المحيط واذا كان مسيل ماء بين رجلين اراد احدهما
قسمة ذلك وابى الاخر ان كان فيه موضع يسيل منه ماؤه
سوى هذا قسمته وان لم يكن له موضع الا بضرر لم اقسمه
وهذا والطريق سواء كذا في المبسوط قسم جبرا بطلب
احد الشركاء عروضا من جنس لان اعتبار المعادلة في المنفعة
والمالية ممكن عند اتحاد الجنس لاتحاد المقصود فيه فيجعل
البعض لواحد والبعض الاخر للاخر فيقع تمييزا ثم القاضي

يجبر فيها فيقسم كل مكيل وموزون كثير او قليل ومعدود
متقارب وتبر ذهب وفضة وحديد ونحاس ولا يقسم
الثوب الواحد لانه لا بد فيه من القطع وفيه اضرارهما ولا ثوبان
اختلفت قيمتهما للحاجة الى زيادة دراهم مع الاوكس لا يقسم
الجنسان بعضهما في بعض كان يعطي احدهما بعيرا والاخر
شاتين جاعلا بعض هذا في مقابلة ذاك لو فرضهما متساو
لا تمييز اذ لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا
بل تقع معاوضة فيعتمد التراضي دون جبر القاضي لان
ولاية الاجبار تثبت للقاضي فيما هو بمعنى التمييز لا المعاوضة
ولا يقسم القاضي ثوبين عند اختلاف قيمتهما لانه لا يمكن
التعديل الا بزيادة دراهم مع الاوكس ولا يجوز ادخال الدراهم
في القسمة جبرا فان تراضيا جاز للقاضي ان يقسم كما في البناية
وان كان الذي بين الشركاء ثوبا رطبا وثوبا هرويا ووسادة
وبساطا لم يقسمه الا برضاهم ولو كان ثلاثة اثواب بين
رجلين فاراد احدهما قسمتها وابى الاخر فانه ينظر في ذلك
ان كانت قسمتها تستقيم من غير قطع بان تكون قيمة ثوبين
مثل قيمة الثالث فان القاضي يقسمها بينهما فيعطي احدهما
ثوبين والاخر ثوبا وان كانت لا تستقيم لم اقسمها بينهم
الا ان يتراضوا فيما بينهم على شيء هذا في الكتاب والاصح
ان يقال ان استوت القسمة وكان نصيب كل واحد منهم
ثوبا ونصفا فانه يقسم الثوبين بينهما ويدع الثالث مشتركا
وكذلك ان استقام ان يجعل احد القسمين ثوبا وثلثي
الاخر والقسم الاخر ثوبا وثلث الاخر واحد القسمين ثوبا
وربعا والاخر ثوبا وثلاثة ارباع فانه يقسم بينهم ويترك
الثالث مشتركا كذا في النهاية والاواني المتخذة من اصل واحد

كالاجانة والقمقم والطست المتخذ من صفر ملحقة بمختلفة
الجنس فلا يقسمها القاضي جبرا كذا في العناية وكذا الاجناس
المختلفة لا تقسم بعضها ببعض جبرا على بعض الشركا بل
بالتراضي وعندنا بطلب بعض الشركا يقسم كل جنس بانفراده
ولا يقسم الرقيق وحده احترز به عما اذا كان مع الرقيق
شي اخر مما يقسم كالثياب وغيرها فان القسمة في الرقيق
تجوز تبعا اجماعا ويجبر القاضي بطلب البعض وكم
من شي يدخل تبعا وان لم يجز دخوله قصدا كبيع الشرب
والطريق يدخل في بيع الارض تبعا ولا يجوز بيعه وحده
زيلعي وقال ابو بكر الرازي هذا محمول على تراضي الملاك
بذلك لانه لا خلاف بين اصحابنا ان القاضي لا يقسم
الاجناس المختلفة بعضها في بعض الا بالتراضي فيكون
ذلك بيعا لا قسمة تستحق بالملك فلا يجبر القاضي عليها
وسوا في ذلك ان يكون الرقيق ذكورا او اناثا او هم قال
الكاكي والاظهر ان قسمة الجبر تجري هنا عنده باعتبار
ان الجنس الاخر الذي هو مع الرقيق يجعل اصلا في القسمة وحكم
القسمة جبرا يجري فيه فيثبت في الرقيق ايضا تبعا
وقيده في السراج بان يكون ما مع الرقيق يساوي زيادة
مقابلة فليستظهر لما نقله الحموي في عدم جواز القسمة في
الرقيق وحده قول ابي حنيفة لتحقق التفاوت في الادمي
لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة لان من
العبيد من يصلح للامانة ويعتمد على كلامه ويحسن التجارة
وغيرها من الصنايع كالكتابة ومنهم من لا يصلح لشي
منها فلا يمكن جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فتعذر
الافراز والتمييز فلا يكون قسمة وانما هي مبادلة ولا جبر

عليها

عليها بخلاف سائر الحيوانات لان الانتفاع بها لا يختلف
الا شيا يسيرا وذلك مغتفر في القسمة الا ترى ان الذكر
والانثى من بني ادم جنسان مختلفان ومن الحيوان جنس
واحد فلا يجوز القياس عليه وكذا لو اشترى المضارب
عبدين وقيمة كل واحد منهما قدر راس المال لم يبتني
الربح ولو كان الرقيق كالجنس الواحد لتبين كالثوبين
والفرسين وانما جازت قسمة الرقيق في الغنيمة بين
الغانمين لان قسمة الغنائم تجري في الاجناس ولا تلزم
لان حق الغانمين تعلق بالمالية دون العين حتى كان
للامام ان يبيع الغنائم ويقسم الثمن بينهم وفي غير الغنائم
ليس له ان يبيع ملك غيره الا باذن صاحبه فامتنعت
القسمة فيه لانه مبادلة وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس
ولذا قال لو ذكورا فقط واناثا فقط واما اذا كانوا مختلطين
بين الذكور والاناث لا يقسم بالاجماع لان الذكور والاناث
من بني ادم جنسان لاختلاف المقاصد الشرعية فان
الانثى لا تصلح للخلافة ولا تحمل في اهلية الشهادة وينقص
شانها في الارث والدية ولا يقسم الجنسان كما يقسم اي كما
يجوز قسمة الابل والغنم بين الشركا اجماعا بعضها كل جنس
على حدة قال في المحيط واذا كان غنم بين قوم شاهدوا
عليها قبل ان يقتسموها فانهم يخرج سهمه اولا عدوا لم كذا
الاول فالاول وهذا لا يجوز وان كان في الميراث ابل وغنم
وبقر فجعلوا الابل قسما والبقر قسما والغنم قسما ثم تساهموا
عليها فاقترعوا فهذا جائز وفي المبسوط واذا كان في الميراث ابل
وبقر وغنم فجعلوا الابل قسما والبقر قسما والغنم قسما ثم تساهموا
عليها واقترعوا على ان من اصاب الابل رد كذا درهما على صاحبه



نصفين فهو جائز اهـ وكما تجوز قسمة رقيق المغنم
اجماعا وهذا الزام من جهتهما على ابي حنيفة وقالا التفاوت
في الجنس الواحد لا يمنع القسمة وقد مرت اجوبة الامام
عن هذا الالزام فتنبه وقال في الجوهرة واما الرقيق
فلا يمكن فيه ضبط المساواة لان المعاني المستفادة منهم
العقل والفطنة والصبر على الخدمة والاحتمال والوقار
والصدق والشجاعة والوفاق وحسن الخلق وذلك
لا يمكن الوقوف عليه فصار كالاجناس المختلفة وقد
يكون الواحد منهم خير من الف من جنسه قال الشاعر
ولم ار امثال الرجال تفاوتا في الفضل حتى عد الف بواحد
قلت وفي الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم قال
الناس كابل مائة لا تجد فيها راحلة فالتفاوت في الادمي
فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كما قدمناه ولا تقسم
الجواهر لفحش تفاوتها لان جهالة الجواهر افحش من جهالة
الرقيق ولهذا لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها
لا تصح التسمية ولو تزوج او خالع على عبد تصح فلا
انه لا يجبر على القسمة في الجواهر وقيل لا تقسم الكبار منها
لفحش التفاوت وتقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل
اذا اختلف جنسها لا تقسم وان اتحد تقسم كسائر الاجناس
ولا يقسم الحمام ولا البئر ولا الرحى وقد تقدم لنا الكلام على
ذلك تحت قول الشارح لما موضوعه بالنقض
ذكره تحت قول الماتن والاضرر الكل لا يقسم الا برضاهم فتنبه
والكتب وسياتي في كلام الشارح فيها وكل ما في قسمته ضرر
عام واشار العلة في عدم القسمة وهو لحوق الضرر بالكل
لا برضاهم لما عرفت في قول الماتن ولو تضرر الكل الخ ولو اراد

احدهما البيع اي بيع المشترك وابى الشريك الاخر يجبر الشريك
الابي على بيع نصيبه خلافا لمالك قال في السراج واذا كان
سرج او درع حديد او مصحف او قوس او قميص او جبة
او طيلسان او فرو اثني او بساط او فسطاط بين رجلين
اراد احدهما قسمته وابى الاخر لم يقسم لان القسمة فيها
ضرر على المتقاسمين جميعا فلا يجوز للحاكم ان يفعله بطلب
احدهم وقال ابو حنيفة لا اجبر احدا منهما ان يبيع نصيبه
من شي سميناه فان اراد احدهما البيع وابى الاخر فانه لا اجبر
على البيع ويقال للاخر بع نصيبك ان شئت او فدع وقال
مالك فيما لا يمكن قسمته اذا اختلف فيه الشريكان باعه
الحاكم وقسم ثمنه بينهما قلنا هذا لا يصح لان البيع من غير
رضاهما حجر والحجر على الحر البالغ العاقل لا يجوز ولان في البيع ازالة
ملك المالك بغير رضاه وذلك غير مستحق بالشرع اهـ
وفي الخلاصة والخشب والباب والرحى والدابة واللؤلؤة
لم يقسم الا برضاهما وفي التجريد ولكن القصب وكل شي يحتاج
الى شقه او كسره وفي ذلك ضرر وكذا في الخشبة الواحدة اذا
كان في قطعها ضرر وفي المبسوط وان كان ثوب بين رجلين
فاقتسماه وشقاه طولا او عرضا بتراضي منهما فهو جائز
وليس لواحد منهما ان يجبر صاحبه على القسمة وفي الجواهر
اي جواهر الفتاوى لا تقسم الكتب بين الورثة ولكن ينتفع
بها كل واحد من الورثة بالمهاياة ولا يجوز ان تقسم الكتب
بالاوراق ولو برضاهم ولفظ الجواهر ولو اراد احد من
الورثة ان يقسم بالاوراق ليس له ذلك ولا يسمع هذا
الكلام منه ولا تقسم بوجه من الوجوه ولو كان مصحفا
قران ليس له ذلك ايضا وان تراضيا جميعا فالقاضي

احمد



لا يأمر بذلك ولو كان مصحفا الواحد وسهم من ثلاثة
وثلاثين منه لآخر فإنه يعطى يوما من ثلاثة وثلاثين
يوما حتى ينتفع به وكذا لو كان كتابا مجلدات لشرح
المبسوط فإنه لا يقسم أيضا ولا سبيل للقسمة في ذلك وكذا
في كل جنس مختلف ولا يأمر الحاكم بذلك ولو تراضيا لكان
أن تقوم الكتب ويأخذ كل واحد بعضها بالقيمة لو كان
بالتراضي كذلك جاز وإلا بأن رضي البعض ولم يرض البعض لا يجوز
فإنها لا تقسم بالتقويم أيضا وفي الشرح أن نية دار وحانوت
بين اثنين لا يمكن قسمتها بين الشريكين لصغرها
فتشاحا فيها فقال أحدهما لا أرضى ولا أنتفع وقال الآخر
أريد ذلك أي أكراه أو الانتفاع بسكناه أمر القاضي بالمهايأة
وقدمت مسائلها مستوفاة في آخر كتاب الشركة ثم يقال
أي يقول القاضي لمن لا يريد الانتفاع إن شئت فانتفع
وإن شئت فأغلق الباب دور مشتركة بين اثنين فأكثر
أو دار وضيعة مشترك كل واحد منهما بين اثنين أو أكثر
أو دار وحانوت اشترك فيها جماعة قسم كل واحد من
الدور ومن الدار والضيعة أو من الدار والحانوت وحده
منفردة على قول أبي حنيفة مطلقا ولو متلازقة هذا بيان
لوجه الإطلاق أي سواء كانت متفرقة أو متلازقة واحترز
به عن المنازل فإنها كما سيأتي لو كانت متلازقة يقسم
بعضها ببعض وإن كانت متباينة قسم كل منزل على حدة
أو كانت الدور المشتركة أو الدار والحانوت أو الدار والضيعة
في محلتين أو كان كل واحد في مصرين مسلمين ولا يخفى
أن هذا تكرار مع قوله [illegible] إذ كانت كلها في مصر واحد لا
ولو قال ولو في مصر [illegible] لكان أخصر وأظهر حلبي وقالا إن كان الكل

في مصر واحد فالرأي فيه للقاضي وإن في مصرين فقولهما كقوله
قال الزيلعي وقال أبو يوسف ومحمد يقسم الدور [illegible]
بعضها في بعض إذا كانت في مصر واحدة وكانت القسمة أصلح
لهم لأن الدور جنس واحد نظرا إلى اتحاد الاسم والصورة
وأصل السكنى أجناس نظرا إلى اختلاف الأغراض وتفاوت
منفعة السكنى باختلاف المحال فكان مفوضا إلى رأي القاضي
وهذا لأن المعتبر في القسمة تكميل المنفعة والمعادلة فيه
وفي المالية والمقصود رفع الضرر عن الشركة وإذا قسم كل دار
على حدة ربما يتضرر كل واحد منهم لتفرق نصيبه فإذا
تثبت الكل قسمة واحدة يجمع نصيب كل واحد منهم في دار
واحدة وينتفع بذلك والقاضي نصب ناظرا فكان الرأي إليه
ولأبي حنيفة أن الدور أجناس مختلفة لأن المقصود يختلف
باختلاف المحال والجيران والقرب إلى المسجد والماء اختلافا
فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة فلا يجوز جمع نصيب
كل واحد منهم في دار إلا بالتراضي ألا ترى أن التوكيل بشراء دار لا
يجوز وكذا التزوج بها كما هو الحكم في التوكيل بشراء ثوب والتزوج
بثوب وهذا يؤذن بأنه جنس مختلف هذا هو الأصل في امتناع
القسمة ولا يجوز إلا في متحد الجنس فيقسم كل مكيل وموزون
ومعدود متقارب كالقمح يقسم بانفراده وكذا الشعير ولا
يجمع بينهما في القسمة إلا بتراضيهم وكذا الإبل والبقر والغنم
تقسم كل جنس منه بانفراده ولا يجمع لما ذكرنا وكذا الثياب
الهروية والمروية وتبر الذهب والفضة والنحاس والأواني
منها يقسم كل جنس على حدة ولا يجمع بين الأجناس لما ذكرنا
واختلاف بيوت دار واحدة لا يمنع القسمة لأن في قسمة كل
بيت على حدة ضررا وكذا إذا كانت في محلة أو محال لما ذكرنا

من الضرر والتفاوت ايضا يسير بخلاف الدور والمنازل المتلازقة
كالبيوت والمتباينة كالدور لانه يحب الدار والبيت فاخذ
نشبها من كل واحد منهما والصور في مصر لا تنقسم بالاجماع فيما
رواه هلال عن محمد وروي غيره عنهم انها تقسم واما الدار
والضيعة او الدار والحانوت فلاختلاف الجنس ذكره الخصاف
رح اهـ وفي الكافي ثلاثة فصول عنده الدور والبيوت والمنازل
فالدور لا تقسم عنده قسمة واحدة الا برضى الشركا سواء كانت
متباينة او متلازقة والبيوت تقسم لانها لا تتفاوت في
معنى السكنى ولهذا توجر باجارة واحدة في كل محلة والمنازل
المتلازقة كالبيوت تقسم قسمة واحدة والمتباينة كالدور
فلا تقسم قسمة واحدة لان المنزل فوق البيوت ودون الدار
فالحقنا المنازل بالبيوت اذا كانت متلازقة وبالدور اذا كانت
متباينة وقالا في الفصول كلها ينظر القاضي الى اعدل الوجوه
فيمضي القسمة على ذلك اهـ وقال الشامي اقول ولعل
هذا في زمانهم والا فالمنازل والبيوت ولو من دار واحدة
تتفاوت تفاوتا فاحشا في زماننا يدل عليه قوله هنا
لان البيوت لا تتفاوت في معنى السكنى ولهذا توجر اجرة
واحدة في كل محلة ولذا ما ذكروه في خيار الرؤية وافتاهم هناك
بقول زفر من انه لا بد من رؤية داخل البيوت لتفاوتها الخ
اهـ فروع واذا كان الزرع بين ورثة في ارض
لغيرهم فارادوا قسمة الزرع فان كان قد ادرك اقتسموه بينهم
حتى يحصد بالتراضي ولا بغير التراضي لان الحنطة مال الربو
فلا تجوز قسمة مجازفة الا بالكيل ولا يمكنه قسمته بالكيل قبل
الحصاد وان كان بقلا اقتسمه الا ان يشترط في البقل ان يجز
كل واحد منهم ما اصابه فاذا اقتسموها على هذا بتراضيهم جاز

كذ

كذا في المبسوط واذا كان زرع بين رجلين فاراد قسمة الزرع فيما
بينهم دون الارض فالقاضي لا يقسم اذا لم يبلغ الزرع ويسنبل
فلانه بعدما بلغ وتسنبل صار مال الربو ولو القسمة معنى
المبادلة فلا يجوز مجازفة واما اذا كان الزرع بقلا فاما لا يقسم
القاضي اذا كانت القسمة بشرط الترك واما اذا اراد القسمة
بشرط القلع فلم لا يقسم وهذا الجواب على احدى الروايتين
فاما على الرواية الاخرى فينبغي ان لا يقسم القاضي وان رضيا
به هكذا اذا طلبا القسمة من القاضي وان طلب احدهما
وابى الاخر فالقاضي لا يقسم على كل حال ولو اقتسما الزرع بانفسهما
فان كان الزرع قد بلغ وتسنبل فالجواب فيه كذلك
وان كان الزرع بقلا ان اقتسما بشرط الترك لا يجوز وان
اقتسما بشرط القلع جاز باتفاق الروايات لذلك صحيحة
وان كان الزرع قد ادرك وشرط الحصاد جازت القسمة في
قول ابي حنيفة وابي يوسف ويجوز في قول محمد كذا الطلع
على النخيل بين رجلين واراد قسمته دون النخل ان شرطا
الترك او احدهما فسدت القسمة وان تقاسما على الجذاذ في
الحال جازت القسمة وان كان التمر مدركا وشرطا الترك لا يجوز
عندهما ويجوز في قول محمد كذا في الخانية ولو كان كر حنطة
بين رجلين ثلاثون رديه وعشرة جيدة فاخذ احدهما عشرة
والاخر ثلاثين وقيمة العشرة مثل قيمة الثلاثين فانه لا يجوز
كذا في شرح الطحاوي وان كان قوصرة تمر بينهما او دن خل فاراد
احدهما قسمتها لان هذا مما يتاتى فيه الكيل والوزن والقسمة
فيه تمييز محض لكل واحد من الشريكين ان ينفرد به فكذلك
يفعله القاضي عند طلب بعض الشركاء كذا في المبسوط فان اوصى
بصوف على ظهر غنمه لرجلين فارادا قسمته قبل الجزاز لم تقسم

عند الكل وان شرطا الترك او احدهما فسدت القسمة في قولهم

وكذلك اللبن في الضرع لان ذلك مال الربوا فانه موزون او مكيل
لا يمكن قسمته الا بوزن او كيل وذلك بعد الحلب والجزء ما الولد
في البطن فلا يجوز قسمته بين الشركاء بحال وكذلك لو قسما ذلك
بينهما بالتراضي لم يجز كذا في المبسوط ويقسم تبر الفضة والذهب
وما اشبه ذلك مما ليس بمصوغ من الحديد والنحاس وكذلك
علو بين رجلين نصيب كل واحد منهما يشتغل به والسفل لغيرهما
او سفل بينهما والعلو لغيرهما فكذلك يقسم كله اذا طلب بعض
الشركاء كذا في المبسوط واذا قسم الدور فانه يقسم العرصة بالذراع
ويقسم البنا بالقيمة ويجوز ان يفضل بعضهم على
بعضهم لفضل قيمة البنا والموضع لان المعادلة في قسمة
الانصبا صورة ومعنى ما امكن واذا لم يمكن اعتبار المعادلة
في الصورة تعتبر المعادلة في المعنى ثم هذا على ثلاثة اوجه
اما ان اقتسموا الارض نصفين وشرطوا ان من وقع البنا
في نصيبه يعطي لصاحبه نصف قيمة البنا وقيمة البنا معلومة
او اقتسموا ذلك وقيمة البنا غير معلومة او اقتسموا الارض
نصفين على ان من وقع البنا في نصيبه يعطي لصاحبه
نصف قيمة البنا وقيمة البنا معلومة جاز وان اقتسموا
كذلك ولم يعرف قيمة البنا جاز استحسانا لا قياسا وان
اقتسموا الارض نصفين ولم يقتسموا البنا جازت القسمة
ثم يتملك من وقع البنا في نصيبه نصف البنا بالقيمة كذا
في محيط السرخسي وبهذا الطريق قلنا ان الارض المشتركة
بين اثنين اذا قسمت وفيها اشجار او زرع فقسمت الارض
بدون الاشجار والزرع فوقع الاشجار والزرع في نصيب
احدهما فان الذي وقع الاشجار والزرع في نصيبه يتملك
نصيب صاحبه من الاشجار والزرع بالقيمة كذا في الذخيرة

وعن الثاني ارض في ميراث بين قوم بعضها زرع وقسم
الارض بينهم من غير زرع من غير ان يقوم الزرع فمن
اصابه الموضع الذي فيه الزرع اخذه بقيمته ولو قال
لا ارضى بزرع القيمة ولا حاجة لي في هذه القسمة اجبره
الحاكم على دفع قيمة الزرع وكذا في الدار اذا قسم حاكم على زرع
ولم يقوم السافل وقع البنا في حصة احدهما بقيمته بسهم
القيمة ام يسمها كذا في الوجيز للكردري واذا مات الرجل وترك
دارين او ارضين فطلب ورثته القسمة على ان يأخذ كل
واحد منهما نصيبه من كلا الارضين والدارين جازت
القسمة وان قال احدهما للقاضي اجمع نصيبي من الدارين
والارضين في دار واحدة وفي ارض واحدة وابى صاحبه
قال ابو حنيفة رح يقسم القاضي كل دار وكل ارض على حدة
ولا يجمع نصيب احدهما في ارض واحدة ولا في دار واحدة
وقال صاحباه الرأي للقاضي ان رأى الجمع والا فلا ان
كانت الداران في مصرين لم يذكر هذا في الكتاب ولو على قول
ابي حنيفة رح لا يجمع نصيب احدهما في دار واحدة سواء كان
في مصرين او في مصر واحد متصلين كانا في مصر او منفصلين
وقد مرت هذه المسالة تمامًا في المحيط واذا كانت في التركة
دار وحانوت والورثة كلهم كبار وتراضوا على ان يدفعوا الدار
والحانوت الى واحد منهم عن جميع نصيبه من التركة جاز لانه
يا حنيفة انما لا يجمع نصيب واحد من الورثة بطريقة
الجبر من القاضي واما عند التراضي فذلك جائز ولو دفع
احد الورثة الدار الى واحد من الورثة من غير رضا الباقين
عن جميع نصيبه من التركة لا ينفذ على الباقين الا باجازتهم
ويكون لهم استرداد الدار وان يجعلوها في القسمة ان شاءوا

فهذا ظاهر واما الاشكال في ان الدافع هل ياخذ نصيبه من الدار
بعد استرداد الباقين قيل انه لا ياخذه ويصور القاسم
ما يقسمه اي ما يقصد قسمته فيكتب على قرطاس ان فلانا
نصيبه كذا وفلان كذا ليمكنه حفظه وليرفعه اي ما كتبه
في القرطاس للقاضي حتى يتولى الاقراع بينهم بنفسه ويعدله
بالدال المهملة اي يسويه على سهام القسمة اي المقسوم عليهم
وهو ان ينظر الى اقل الانصبا فيجعله جزءا من السهام حتى اذا
كان العقار مشتركا بين ثلاثة لاحدهم النصف وللاخر الثلث
وللاخر السدس جعلها اسداسا لانه اقل فيكون لصاحب
النصف ثلاثة اسداس ولصاحب الثلث سدسان وللثالث
السدس ويبرز ويعزله بالزاي المعجمة اي يقطعه بالقسمة
عن غيره كذا في التبيين ويذرعه اي يقيسه بذراع لاجل قدر
المساحة ليعرف بالذرع ويقوم البناء لحاجته اليه اذ البناء يقسم
على حدة فيقوم حينئذ قسمت الارض بالمساحة ووقع البناء
في نصيب احدهم يرد قيمته ليعطي الاخر مثل قيمته وقد
نقلناه انفا عن محيط السرخسي وكذا الاشجار والزروع التي كانت
في الارض تقوم كما قدمنا عن الذخيرة والوجيز ويفرزه اي
يميزه عن الاخر كل نصيب بطريقه وشربه ان امكن حتى
لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب الاخر تعلق فيتحقق
معنى التمييز والافراز على الكمال قال السيد وهذا بيان
الافضل فان لم يفرزه او لم يمكن جاز كما في التبيين وقيل انهم
قالوا اذا قسم ولاحدهم سيل ماء او طريق في ملك الاخر صرف
عنه ان امكن والا فسخت واعلم ان في طريق الدار والارض
يكفي مرور رجل وثور ولا يشترط مرور العجلة والحملة قهستاني
اه وقال في كتاب ادب القاضي وعدم الامكان بان كان

ضرورة

ضرورة الى دار رجل بجعل الطريق ومسيل الماء في نصيب احدهما
لان القسمة انما شرعت لتكميل المنفعة على وجه ينتفع كل واحد
وتنقطع المنازعة بينهما وانقطاعها انما يكون بان لا يبقى لاحد
حق في نصيب صاحبه اذا امكن وان لم يمكن يجعل ذلك
في دار صاحبه كيلا يتضرر الاخر ويلقب القاسم الانصبا
المفرزة بالاول والثاني والثالث وهلم جرا والرابع
والسادس وعلى هذا من اي جانب شاء مثلا اذ يجعل الجانب
الغربي ولا يجعل ما يليه ثانيا ثم ما يليه ثالثا الى الاخر وهلم
جرا وذلك ليتمكن من الالزام كل واحد منهم عند خروج قرعته
كما افاده الزيلعي ويكتب اساميهم اي اسامي الشركا ويجعلها
بطاقات ويجعل في كل بطاقة اسما ويطوي كل بطاقة ويجعلها
شبه البندقة ويدخلها في طين ثم يخرجها ثم يبلها ثم يجعلها
في وعاء او في كمه ثم يخرج واحد بعد واحد هذا معنى قوله
ويقرع لتطييب القلوب قال في الجوهرة والقرعة ليست
بواجبة وانما هي لتطييب الانفس وسكون القلوب ولنفي
تهمة الميل حتى ان القاضي لو عين لكل واحد نصيبا من غير
اقراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام اه وقال الزيلعي
ولا يقال تعليق الاستحقاق بالقرعة قمار وهو حرام لانا
نقول لا يحصل الاستحقاق بالقرعة لان الاستحقاق كان
ثابتا قبله وكان للقاضي ولاية الالزام كل واحد منهم وانما
صير اليها لتطييب قلوبهم ونفي التهمة بهما وانما القمار
على زعمهم اسما يستحق به شيئا لم يكن لهم قبل لا مثل هذا
فان هذه مشروعة كما اخبر الله تعالى عن يونس عليه السلام
وزكريا عليه السلام فالقمار غير مشروع اه وذكر الشاطبي
ان القرعة انواع ثلاثة الاولى لاثبات حق البعض وابطال

حق البعض وانها باطلة كمن اعتق احد عبديه بغير عينه
ثم يقرع والاخرى لطيبة النفس وانها جايزة كالقرعة بين النسا
للسفر والقرعة بين الشركا في البداية للقسم والثالثة لاثبات
حق واحد في مقابلة مثله فيقرع حق كل واحد منهما وهو جايز
كما في الثانية فمن خرج من هولا اسمه اولا فله السهم الاول
اي يعطي نصيبه من الجانب الغربي مثلا من العرصة الى ان يتم نصيبه
ومن خرج اسمه ثانيا فله السهم الثاني اي يعطي نصيبه متصلا
بالاول الى ان يتم قال في شرح الطحاوي واذا اقرع بينهم في القسمة ينبغي
ان يقول كل من خرجت قرعته اولا فانا اعطيه حقه من هذا الجانب
والذي يليه في الخروج بجنب نصيب الاول الى ان ينتهي الى
السهم الاخير سوا كانت الانصبا متساوية او متفاوتة
وليس لاحد ان يرجع سوا كان بالتراضي او بالحكم وقال في الكافي
وشرح ذلك ارض بين جماعة مشتركة لاحدهم عشرة اسهم
ولاخر خمسة ولاخر سهم وارادوا قسمتها قسمت على قدر سهامهم
عشرة وخمسة وواحد وكيفية ذلك ان يجعل الارض على عدد
سهامهم بعد ان سويت وعدلت ثم يجعل بنادق سهامهم
على عدد سهامهم وتقرع بينهم فاول بندقة تخرج توضع
على طرف من اطراف السهام الباقية ثم ينظر الى البندقة
لمن هي فان كانت لصاحب العشرة اعطاه ذلك السهم
وتسعة اسهم متصلة بالسهم الذي وضعت البندقة عليه
ليكون سهام صاحبها على الاتصال ثم تقرع بين البقية كذلك
فاول بندقة تخرج توضع على طرف من اطراف السهام الباقية
ثم ينظر الى البندقة لمن هي فان كانت لصاحب الخمسة اعطاه
القاضي ذلك السهم واربعة اسهم متصلة بذلك السهم
ويبقى السهم الواحد لصاحبه وان كانت البندقة لصاحب

الواحد

٢٥٠

٢٥١

مسالة الارغفة المشهورة

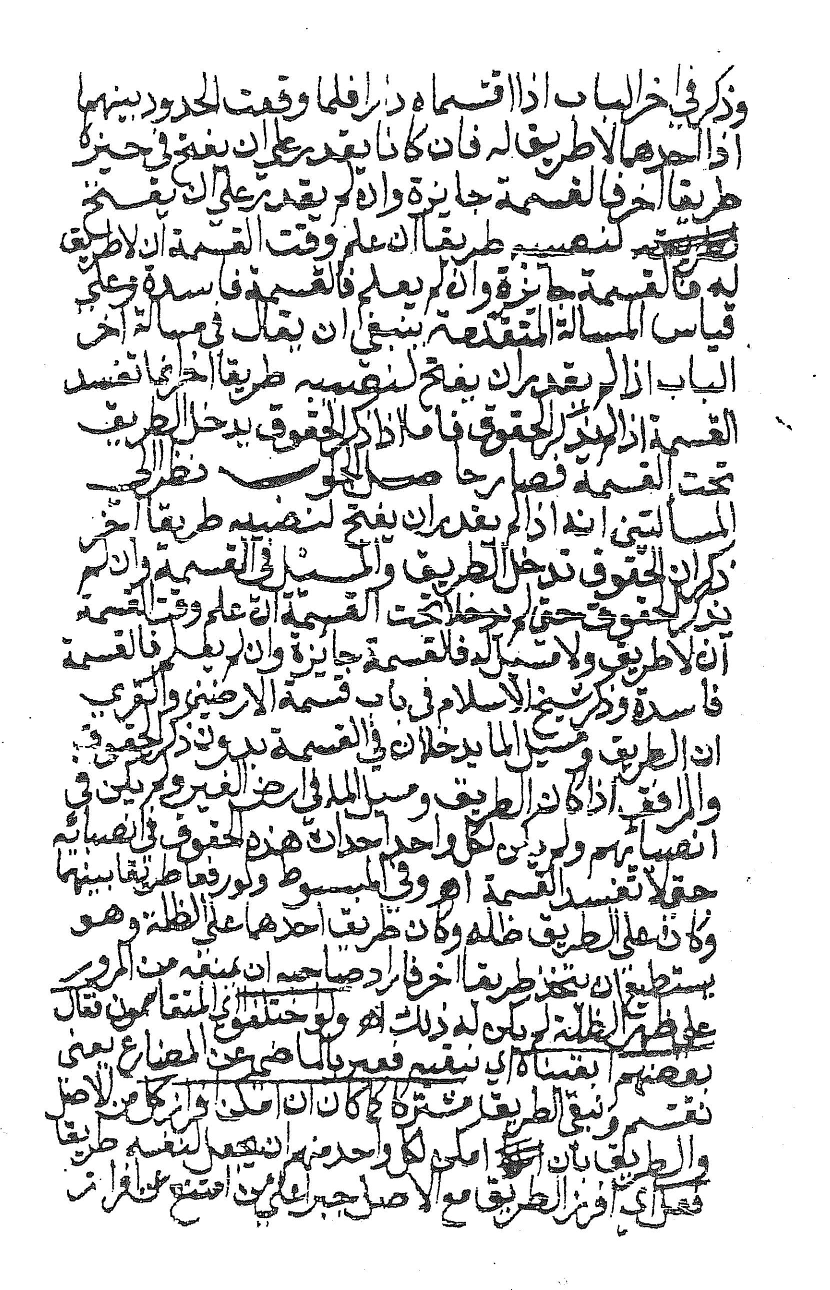
الواحد كان له الطرف الذي وضعت عليه البندقة وتكون
الخمسة الباقية لصاحب الخمسة ام رجل مات وترك
ثلاث بنين وترك خمسة عشر خابية خمس منها مملوة خلا
وخمس الى نصفها وخمس منها خالية والكل مستوية فاراد
البنون ان يقتسموا الخوابي على السوا من غير ان يزيلوها عن مواضعها
قالوا الوجه في ذلك ان يعطي احد البنين خابيتين مملوتين وخابية
الى النصف وخابيتين خاليتين ويعطي الثاني كذلك ويبقى
خمس خوابي احداها مملوة واحداها خالية وثلاثة الى نصفها
خل فيعطي الابن الثالث ذلك لان المساواة بذلك تقع
رجلان بينهما خمسة ارغفة لاحدهما رغيفان وللاخر ثلاثة
فدعيا رجلا ثالثا واكلوا جميعا مستوين ثم ان الثالث اعطاهما
خمسة دراهم وقال اقسما على قدر ما اكلت من ارغفتكما
قال الفقيه ابو الليث يكون لصاحب الرغيفين درهمان
ولصاحب الثلاثة ثلاثة لان كل واحد منهم اكل رغيفا وثلثي
رغيف فاعط ثلثاه من ذلك الرغيف لصاحب الرغيفين
ورغيف تام من نصيب صاحب الثلاثة فاجعل كل ثلث
سهما فيصير كل واحد منهم اكل سهمين من نصيب صاحب
الرغيفين وثلاثة اسهم من نصيب صاحب الثلاثة
وذلك خمسة فيقسم البدل كذلك فقال الفقيه ابو بكر
عندي لصاحب الرغيفين درهم من البدل لانه اكل من رغيفيه
رغيفا وثلثي رغيف ولم ياكل الثالث من رغيفيه الا ثلث رغيف
وكل واحد منهما اكل رغيفا وثلثي رغيف فالثالث اكل من الارغفة
رغيفا وثلث رغيف فكان لصاحب الثلاثة اربعة من خمسة
دراهم كذا في فتاوى قاضيخان رجلان ارادا ان يتقاسما التبن بينهما
بالحبال جاز لان التفاوت فيه قليل كذا في الظهيرية قسم العنب

بين الشريكين بالوزن بالقبان او الميزان او المكيال لنصح كذا
في الظهيرية وقال العلامة المقدسي في رسالة الارغفة التي ذكرناها
عن قاضي خان ما ذكره ابو الليث مع جلالة قدره ظاهر خطاوه
لكن سالت بعض المعاصرين من افاضل الحساب عن سبب
خطائه وهل يمكن توجيهه فاجاب بانه مجرد غلط
قلت يمكن توجيهه بان الظاهر ان العوام سيما الاميين لا يعرفون
دقايق الحساب فيدفعون الدراهم بحسب ما ظهر لهم والذي
ظهر ان لاحدهما رغيفين اثنين وللاخر ثلاثة كانه قال خذوها
على عددها كلوا والله الموفق قال ومن فروع هذا النوع
ما رايت بخط بعض الافاضل ان شخصا معه ستة
ارغفة واخر معه سبعة واخر معه ثمانية فجاءهم رابع فاكلوا
سوا ثم دفع لهم احدا وعشرين درهما فقال اقتسموها بما لكم
قال وطريقه ان عدد الارغفة يقسم على الاربعة فيصيب
كلا خمسة وربع ثم يقسم المدفوع على عدد ما اكل الضيف
وهو خمسة وربع فيصيب كل رغيف اربعة دراهم فصاحب
الستة اكل خمسة وربعا بقي له ثلاثة ارباع بثلاثة دراهم وصاحب
السبعة بقي له رغيف وثلاثة ارباع رغيف سبعة فياخذها
ولصاحب الثمانية بقي رغيفان وثلاثة ارباع باحد عشر
فياخذها اه قلت فلو كان لاحدهم ثلاثة وللاخر
اربعة وللاخر خمسة وحضرهم رابع واعطاهم اثني عشر
لا يبقى لصاحب الثلاثة شيء ولصاحب الاربعة اربعة ولصاحب
الخمسة ثمانية ثم نقل المقدسي عن الظهيرية انه قال
وعلى قياس ما روي عن علي رضي ينبغي ان يكون لصاحب
الرغيفين درهم يعني في المسالة التي قدمناها عن قاضي خان
وذكرناها خلاف الفقيه ابي الليث وان الدرهم لصاحب رغيفين

قول ابي بكر واراد باثر علي رضه ما اخرجه الحافظ جمال الدين
المزي في تهذيبه عن زر بن حبيش قال جلس رجلان
احدهما معه خمسة ارغفة ومع الاخر ثلاثة ارغفة فلما
وضع الغدا بينهما مر بهما رجل فسلم فقال اجلس للغدا
فجلس واكل معهما واستووا في اكلهم الارغفة الثمانية فقام
الرجل فطرح لهما ثمانية دراهم وقال خذوها عوضا عما اكلت
لكما ونلته من طعامكما فتنازعا فقال صاحب الخمسة الارغفة
لي خمسة دراهم ولك ثلاثة وقال صاحب الارغفة الثلاثة
لا ارضى الا ان تكون الدراهم بيننا نصفين فارتفعا الى امير
المومنين علي رضه فقصا عليه قصتهما فقال له صاحب
الثلاثة قد عرض عليك صاحبك ما عرض وخبزه اكثر
من خبزك فارض بالثلاثة فقال والله لا رضيت الا بمر
الحق فقال علي رضه ليس لك في الحق الا درهم واحد وله
سبعة دراهم فقال الرجل سبحان الله قال هو ذاك قال
فعرفني الوجه في مر الحق حتى اقبله فقال علي رضه اليس
الثمانية الارغفة اربعة وعشرون ثلثا اكلتموها وانتم ثلاثة
انفس ولا يعلم الاكثر منكم اكلا ولا اقل فتحملون في اكلكم على
السوا فاكلت انت الثمانية اثلاث وانما لك تسعة اثلاث
واكل صاحبك ثمانية اثلاث وله خمسة عشر ثلثا اكل منها ثمانية
وبقيت سبعة واكل لك واحدا من تسعة اثلاث فلك واحد
بواحد وله سبعة فقال الرجل رضيت الان اه واعلم ان
الدراهم التي ليست بمشتركة لا تدخل في القسمة لجبر بها
نقصان بعض الانصبا لعقار ومنقول الا برضاهم يعني
جماعة في ايديهم عقار فطلبوا القسمة وفي حصة احدهم فضل
عن الاخر فاراد احدهم ان يدفع عوضه من الدراهم والاخر

انه تمليك وفيها معنى الاقرار وذلك بانقطاع التعليق
فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة
حيث يدخل فيها بدون ذكره لان المقصود فيها الانتفاع
وهو لا يحصل الا بدخول الحقوق فيدخل من غير ذكر [illegible]
وتعقبه في المنح وقوله فيما تقدم خلافا للبيع حيث لا
يفسخ حيث كان ظاهره انه لا يرد اصلا لا باعتبار انه
عيب ولا بغيره بما في البحر في خيار العيب انه لو اشترى
دارا ليس لها مسيل او ارضا لا شرب لها ومن نيته لا تسقى
الا بالسقي فله الرد وعزاه الى المعراج فلعل الفسخ في كلامه
محمول على ما بعد القسمة بالعيب وفي الذخيرة واذا كانت
الدار بين رجلين وفيها صفة وفي الصفة بيت وطريق
البيت في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت فاقتسما فاصاب
احدهم الصفة وقطعة من ساحة الدار واصاب الاخر
البيت وقطعة من ساحة الدار ولم يذكر في القسمة
الطريق ومسيل الماء واراد صاحب البيت ان يمر في الصفة
على حاله ويسيل الماء على ظهر الصفة ان امكن لصاحب
البيت فتح الطريق وتسييل الماء في نصيبه من موضع اخر
فالقسمة جائزة وليس لصاحب البيت حق المرور
في الصفة ولا حق تسييل الماء على ظهرها سواء ذكر في القسمة
ان لكل واحد منهما نصيبه بحقوقه او لم يذكر ذلك واذا
لم يكن لصاحب البيت امكان فتح الطريق وتسييل الماء
في موضع اخر فان ذكر ان لكل واحد منهما نصيبه بحقوقه فقد
دخل الطريق ومسيل الماء في القسمة فتجوز القسمة وان لم
يذكر ذلك لا يدخل الطريق ومسيل الماء في القسمة وتفسد
القسمة ذكر هذه الجملة شيخ الاسلام في شرح كتاب القسمة

وذكر



٢٥٥

وذكر في اخر الباب اذا اقتسما دارا فلما وقعت الحدود بينهما
اذا احدهما لا طريق له فان كان يقدر على ان يفتح في حيزه
طريقا اخر فالقسمة جائزة وان لم يقدر على ان يفتح
~~طريقا~~ لنفسه طريقا ان علم وقت القسمة ان لا طريق
له فالقسمة جائزة وان لم يعلم فالقسمة فاسدة وعلى
قياس المسألة المتقدمة ينبغي ان يقال في مسألة اخر
الباب اذا لم يقدر ان يفتح لنفسه طريقا اخر انما تفسد
القسمة اذا لم يذكر الحقوق فاما اذا ذكر الحقوق يدخل الطريق
تحت القسمة فصار حاصل الجواب في نظير
المسألتين انه اذا لم يقدر ان يفتح لنفسه طريقا اخر
ذكر ان الحقوق تدخل الطريق والمسيل في القسمة وان لم
يذكر الحقوق حتى لم يدخل تحت القسمة ان علم وقت القسمة
ان لا طريق ولا مسيل له فالقسمة جائزة وان لم يعلم فالقسمة
فاسدة وذكر شيخ الاسلام في باب قسمة الارضين والقرى
ان الطريق ومسيل الماء يدخلان في القسمة بدون ذكر الحقوق
والمرافق اذا كان الطريق ومسيل الماء الى ارض الغير ولم يكن في
انصبائهم ولم يكن لكل واحد احداث هذه الحقوق في انصبائه
حتى لا تفسد القسمة اهـ وفي المبسوط ولو رفعا طريقا بينهما
وكان سفل الطريق لهما وكان طريق احدهما على الظلة وهو
يستطيع ان يتخذ طريقا اخر فاراد صاحبه ان يمنعه من المرور
على ظهر الظلة لم يكن له ذلك اهـ ولو اختلفوا أي المتقاسمون فقال
بعضهم اقتسمنا أي نقسم فسر بالماضي عن المضارع بمعنى
نقسم ونبقي الطريق مشتركا كما كان ان امكن وقال من الاصل
والطريق بان امكن لكل واحد منهم ان يجعل لنفسه طريقا
فيما أي افرز الطريق مع الاصل جبر الآبي على من امتنع على ان

الطريق كما هو الحكم فيما اذا امتنع بعض الشركاء وان لم يكن ابقى
الطريق مشتركا لانه بذلك تتم القسمة كما بسطه الزيلعي
وعبارته ولو اختلفوا في ادخال الطريق في القسمة بان قال
بعضهم لا نقسم الطريق بل نبقيه مشتركا مثل ما كان قبل
القسمة ينظر فيه الحاكم فان كان يستقيم ان يفتح كل في نصيبه
قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم تكميلا للمنفعة
وتحقيقا للافراز من كل وجه وان كان لا يستقيم ذلك رفع
طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق
اختلفوا في مقدار عرض الطريق هذا تكميل للمسالة الاولى
اي اذا لم تمكن القسمة الا بابقاء الطريق مشتركا وابقوه
كذلك فاختلفت الشركاء في مقداره فادعى بعضهم له طولا
وعرضا وخالفه غيره جعل عرضها اي الطريق قدر
عرض باب الدار في طوله وعرضه وفي غاية البيان والذخيرة
ولو اختلفوا في مقداره اي في سعة الطريق وضيقه وطوله
فقال بعض الشركاء سعة الطريق اكثر من عرض الباب
الاعظم وطوله من الاعلى الى السما وقال بعضهم غير ذلك وكذا
في العناية فالحكم ان يجعل الطريق على عرض الباب وطوله
لان الحاجة تندفع به فلا فائدة في جعله اعرض من ذلك
واما في الارض يعني اذا كان المقسوم ارضا ميرفع من الطريق
بعدما يمر الثور ونحوه في سعته واما في الارض فبقدر
ممر الثورين معا لانه لابد للزراعة من ذلك ولا يجعل مقدار
ما يمر به ثوران معا وان كان يحتاج الى ذلك لانه كما يحتاج
اليه يحتاج الى العجلة فيؤدي الى ما لا يتناهى كما في
النهاية زيلعي بطوله اي ارتفاعه من فوق ما يكفي في الدار
لامتداده الى السما قاله السيد احمد ونقله عن الوهبانية تنبيه

قوله

وان جهلوا قدر السهام من طريقهم على عدد الملاك لا الاملاك يحرر
وفي شرحهم فيها على قدر ملكهم وليس على الاملاك فيه يقدره
يعني ان الطريق اذا جهلت الانصباء فيه تقسم على عدد
الرؤس لا بقدر مساحة الاملاك فلو زرعوا فيه الحمار او
حدثت منفعة فانها تكون على رؤسهم واما الشرب اذا جهلت
فيه الانصباء فانه يقسم على قدر الاملاك ومعنى ما ذكره المص
انهم اذا اقتسموا الدار واختلفوا في قدر الطريق كل نصيب
جعل طريق كل نصيب على قدر عرض باب الدار وطوله
قال في التبيين لان باب الدار طريق متفق عليه والمختلف
فيه يرد الى المتفق عليه ولان في ذلك القدر كفاية في
الدخول فان السلوك فيبقى ملكهم في الطريق على قدر
سهامهم في الدار لان القسمة وقعت فيما وراءه ولم تقع
فيه فيبقى بهذه الشركة كما كان اه وفي الحاشية واذا كانت الدار
بين رجلين وفيها طريق لغيرهما فارادا قسمة الدار واراد
صاحب الطريق ان يمنعهما عن القسمة لم يكن له ذلك
وترك الطريق عرضه عرض باب الدار الاعظم وطوله
من باب الدار الى باب الدار التي لها الطريق وتقسم بقية
الدار على حقوقهما وان كان في الدار مسيل ماء لرجل فاراد صاحب
الدار قسمة الدار لم يكن لصاحب المسيل منعهم فالمسيل بمنزلة الطريق
فيما تقدم اه حيث خرج كل واحد منهما جناحا في نصيبه ان
كان فوق الباب لا فيما دونه اي لكل واحد ان يخرج الجناح
فيما كان فوق الباب لا فيما دونه لان ما فوق من الهواء ليس
بمشترك ودونه مشترك فلا تصرف الا برضاهم هذه فائدة
قسمة ما ورا طول الباب من الاعلى كما في الذخيرة قال الحموي

فيه تامل لان الروشن ونحوه لا يجوز احداثه في الطريق الخاص
الا برضى الكل فما معنى هذا الاحداث فوق قدر الباب فان
قلتم هذا في الزقاق من خارج وما ذكر هنا في داخل الدار
قلت لا فرق فان داخل الدار طريق لكل من له منزل او
بيت فيها فيتوقف على رضا الجميع الا ان يقال وان كان
عدم رضاهم مانعا لكنه ما لو ذكرنا مما قال السيد احمد ويمكن
ان يقال المراد بالباب باب الدار الذي قسم الطريق على قدره
فنفس الباب مشترك فلا يبني فيما دونه وما فوقه ان وقع
في نصيب احدهم له البناء فيه اه لان قدر طول الباب
من الهوا مشترك قال السيد احمد فيه ان قدر طول الباب وعرضه
حق القاسم وانما المشترك ما زاد عليه الى السما فليحرر
الصواب اه ونقضه الشامي بان اختلاف الشركا في
تقدير طريق واحد مشترك بينهم كما افاده ما قدمناه عن
العناية لا في طريق كل نصيب بانواده حتى يرد انه حق
المقاسم فانه اه والسا على الهوا المشترك لا يجوز الا
برضا الشركا جلالة قال الاتقاني ينبغي ان يقدر طول
الطريق بمقدار طول باب الدار وليس له التسلط على
ما علاه على اقل ما يكفيه مصرح به في الحاكم والكرخي
في مختصره قال في الفتاوى معناه يجعل طوله من الاعلى
بقدر طول الباب لا الى السما نقله الخير الرملي في
حاشيته ولو اختصم اهل الطريق في الطريق فادعى كل
واحد منهم انه له فهو بينهم بالسوية اذا لم يعرف اصله لاستوائهم
في اليد على الطريق واستعماله ولا يجعل على قدر ما في
ايديهم من ذرع الدار والمنزل لان حاجة صاحب المنزل الصغير
الى الطريق كحاجة صاحب الدار الكبير وهذا بخلاف الشرب

فانه

فانه عند اختلاف الشركا يجعل الشرب بينهم على قدر اراضيهم
وان عرف اصل الطريق كيف كان بينهم جعلت بينهم على
ذلك فان كانت دار لرجل وطريق لآخر فيها فان صاحب
الدار واقتسمت ورثة الدار فيما بينهم ورفعوا الطريق لصاحب
الطريق ولهم ان يبيعوه فاذا رادوا قسمة ثمنه فلصاحب الطريق
نصفه وللورثة نصفه وان لم يعرف ان اصل الدار بينهم
ميراث وجحدوا ذلك قسم ذلك على عدد رؤوسهم ورأس
صاحب الطريق كذا في المبسوط ولو شرطوا ان تكون الطريق
في قسمة الدار على التفاوت جاز وان وصلة سهامهم
في الدار متساوية وذلك لان القسمة على التفاوت بالتراضي
في غير الاموال الربوية جايزة وفي المبسوط واذا كانت
الدار بين رجلين فاقتسماها فاخذ احدهما مقدمها
وهو الثلث واخذ الآخر مؤخرها وهو الثلثان جاز ذلك
فان كانت الدار بينهم ثلاثا فاخذ صاحب الثلثين نصيبه
بيتا شارعا وصاحب الثلث نصيبه ما بقي من الدار
وهو اكثر من حقه فهذا جائز وكذلك ان كان الزيادة في
قيمة الآخر ليست له غلة فهو جائز واذا اقتسما دارا بينهما
على ان يأخذ كل واحد منهما طائفة من الدار على ان لهما طريقا
بينهما وللاحدهما الثلث وللآخر الثلثان فهذا جائز وان كانت
الدار بينهما نصفين لان رقبة الطريق ملك لهما [illegible]
[illegible] اقتسم رجلان دارا على ان يأخذ احدهما الثلث من مؤخرها
بجميع حقه وان يأخذ الآخر الثلثين من مقدمها بجميع حقه
جاز وان كان بالقيمة غبن وفي المحيط واذا كانت الدار بين رجلين
اقتسماها واخذ احدهما قدر النصف ورفعا طريقا بينهما
قدر السدس فذلك جائز وكذلك اذا اشترطا ان يكون